BIBLIOTECA DE LA "REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA"
VOLUMEN LIX

EL ESTADO DE DERECHO EN LA ACTUALIDAD

(Una aportación a la teoría de la juridicidad)

POR

LUIS LEGAZ Y LACAMBRA
Profesor de la Universidad de Zaragoza

PRIMERA EDICION

EDITORIAL REUS (S. A.)—Preciados, 1.—MADRID

Biblioteca de la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia"

VOLUMEN [illegible]

EL ESTADO DE DERECHO EN LA ACTUALIDAD

(Una aportación a la teoría de la juridicidad)

POR

LUIS LEGAZ Y LACAMBRA

Profesor de la Universidad de Zaragoza

PRIMERA EDICION

MADRID
EDITORIAL REUS, S. A.
Preciados, 1 y 6.—Apartado 12.250
1934

Talleres tipográficos de la EDITORIAL REUS, Sociedad Anónima
Ronda de Atocha, 15 duplicado, MADRID (4335)

ADVERTENCIA PRELIMINAR

El presente trabajo no es un estudio de «ciencia pura», en el sentido popularizado por la escuela jurídica de Viena; no es tampoco, por el contrario, un artículo «político» de miras partidistas; es, simplemente, un estudio de sociología política, un ensayo de interpretación de los hechos político-sociales e ideológicos que sostienen la institución del Estado de Derecho. Se comprende que un trabajo de esta índole esté matizado de alusiones a la realidad política española actual; ¿no ha sido el sentido de la revolución instaurar un Estado de Derecho, y no significa la Constitución republicana el logro de esa aspiración?

Cúmpleme advertir que, aun cuando me atengo preferentemente a la sociología, no eludo valorar cuando es preciso; será fatal que los hechos ocurran de cierto modo, pero no tenemos obligación de renunciar a una crítica de los mismos desde el propio punto de vista. Si esa crítica puede parecer en ocasiones desfavorable para el régimen que España se ha dado a sí misma, no es ello en modo alguno fruto de una aversión; la República nos es común aun a quienes desearíamos verla adoptar una orientación más francamente liberal y aun individualista, y esto no por espíritu antisocial, sino en virtud de la convicción íntima de que en la escala de los valores lo individual prima sobre todo otro valor. No nos interesa un liberalismo vacío y formalista, incapacitado para toda decisión política enérgica; pero queremos un liberalismo que esté al servicio de las ideas civilizadoras que se tienen y son la razón de ser de nuestras instituciones políticas. Y estas ideas han creado el individualismo o, si se prefiere, el personalismo. Nuestra República se halla en el entrecruce de dos

civilizaciones: la europea, individualista, liberal, cristiana, y la que nos trae de Oriente el bolchevismo y el aniquilamiento de todo espíritu y de toda individualidad. (Prescindimos de aludir a la «civilización» fascista-racista, porque es ajena a las tendencias íntimas de la actual República). El Estado de Derecho, en cuanto mera técnica jurídico-política, puede estar al servicio de finalidades diferentes. ¡Ojalá se mantenga entre nosotros al servicio de la que estimamos la única civilización admisible!

PROLOGO

El imperativo ético de situarnos a la «altura del tiempo» exige que se preste atención al hecho de que hoy se está verificando en el sector de la vida, que sirve de escenario a la política, una «transmutación de los valores». Este fenómeno se produce, o tiende a producirse, allí donde el gesto revolucionario ha dado cumplimiento a otro imperativo ético fundamental: el imperativo de la «autenticidad». Es indudable que los pueblos viven a veces períodos cuya nota característica es la de una falsedad radical. Hay, de una parte, un mundo de conceptos y valores vigentes a los que, sin embargo, no corresponde nada real; pues, por la otra parte, la vida sigue su curso autónomo y no se cuida de ser el contenido ajustado a las formas legales. Los conceptos son vacíos, han perdido sentido y contenido, y los valores no son seriamente aspirados, sino sólo teóricamente afirmados, al paso que otros valores, adecuadas al curso vital, son plenamente desconocidos. En semejantes períodos impera un «formalismo» en la vida que es una de tantas desgracias que pueden aquejar a un pueblo. Por eso una revolución tiene, por lo menos, el mérito ético de imponer un momento de autenticidad en la vida pública; es decir, descubre una vida que se orienta en el sentido de los nuevos valores que le son relativos, y deja que sobre esa vida se eleve un sistema de conceptos que de ella fluyen, y que tienen por contenido esa vida misma. Si la revolución es, por esencia, ímpetu vital desbordado, antiintelectualismo e irracionalismo, es en tanto que se dirige contra el sistema conceptual anterior, que, al querer afirmarse frente a la vida, se convierte en factor retrógrado, y en tanto que teme al formalismo, es decir, a que se abra un nuevo hiatus entre la nueva ideología

y la vida, puesto que ésta es fluir incesante, y aquélla, plasmada en conceptos, tiende necesariamente a la fijeza e inmovilidad. De ahí la energía con que la vida afirma los nuevos valores y desconoce los valores antiguos.

Uno de los conceptos que ha pasado, por la fuerza de la inercia, a las mentalidades políticas del siglo XX, es el del «Estado de Derecho». En sus principios fué éste un ideal que tuvo sus apóstoles y sus mártires; después se convirtió en patrimonio común, sin otro valor reconocido que el de proporcionar una vida cómoda y sin complicaciones. España lo vivió con todas las características anodinas propias de la vulgaridad política del período de la Restauración; regido, en realidad, por camarillas eclesiástico-feudales, o, en el mejor de los casos, por una burguesía apenas liberal, pero gran escéptica, sin fe en sus propios destinos, vacilando entre los halagos del poder personal y las promesas libertadoras de los revolucionarios, le vemos morir a manos de la Dictadura primorriverista, para renacer, en nueva forma, bajo la República. ¡La República! He aquí un caso de transmutación de los valores, de todos los valores. Del mundo de conceptos y valores vigentes en el período anterior, no queda nada; hay un momento de autenticidad en la elección de este Parlamento izquierdista que revela toda la falsedad histórica del período anterior. La República inicia una nueva política, porque es el símbolo de una vida nueva, que antes circulaba bajo tierra y ahora ha salido a la superficie, y para esa vida rigen ahora valores nuevos y ella misma crea un mundo nuevo de conceptos. La idea del Estado de Derecho, que ha hallado una magnífica traducción formal en el sistema de garantías jurídicas creado por la Constitución republicana de 1931, no tiene ya el mismo sentido que el Estado de Derecho de la Monarquía constitucional: está iluminada por un ideal nuevo y tiene supuestos sociológicos diferentes de los que le dieron origen. Es posible que viva aún en el futuro próximo algo de la vieja concepción jurídica del Estado liberal; pero ella será una *resistencia* que hallará en su avance la concepción republicana del Estado de Derecho. «Concepción republicana», es decir, concepción con arreglo al sentido de la Repúbli-

ca actual española, de esta República instaurada en 1931 y regida por este Parlamento y este Gobierno. (El Gobierno Azaña-Prieto). Y la alta significación de este Gobierno y este Parlamento radica en constituir la expresión de lo que es hoy el fenómeno más actual en el mundo: la desvalorización del liberalismo y la revalorización de la democracia, de la masa. Es el signo del tiempo: caída de la inteligencia —de la discusión liberal—y esplendor de la voluntad—de un caudillo o de una masa—. En esta atmósfera nueva tiene que vivir el renacido Estado de Derecho. Nuestro trabajo aspira, sin pretensiones de agotar el tema ni mucho menos, a señalar este «cambio de sentido» del Estado de Derecho, desentrañando las corrientes sociológicas que lo fecundan y los valores ideales a que apunta, los cuales no son ya hoy los de ayer. Ahora bien, en este cambio de sentido se esconde la tragedia de la idea liberal.

Lo que ya no podemos hacer es celebrar que las cosas ocurran precisamente así. Si el liberalismo muere, podemos, sin embargo, seguir pensando que el liberalismo es preferible a la democracia antiliberal. Podrá hoy afirmarse el valor de la organización, de lo colectivo, de lo social, y todo eso está bien; pero siempre creeremos que un hombre vale más que toda colectividad, más que todo «régimen» y más también que toda la Humanidad. Y eso aun cuando ese hombre sea nuestro adversario y adversario del régimen político por el cual sentimos nuestras preferencias. Rebajamos al hombre a la condición de medio cuando santificamos jacobinamente a quien encarna «nuestro» ideal; parece que lo elevamos a una altura inconmensurable; y así es, pero de precario, y además rebajamos en él a los demás hombres, que encarnan un ideal diferente del nuestro. El jacobino no ensalza, en realidad, al hombre, sino al «revolucionario», es decir, honra en él a esa entidad impersonal, que es la «Revolución», del mismo modo que el fascismo no ensalza al hombre, sino al «ciudadano», o el bolchevismo al «proletario»; y ni el proletario, ni el ciudadano, ni el revolucionario, son «el hombre», sino cualidades, y no siempre las mejores, de él.

Nuestro tiempo es de transmutación de todos los valores;

pero los valores que realmente lo son quedan en su sitio. El resentimiento de la masa los niega; pero, al negarlos, los afirma. Lo malo es que las individualidades selectas, que en algún modo los encarnan, quedan postergadas; triunfan los «hombres nuevos», que simbolizan, a la par que dirigen el resentimiento de las masas que los sostienen, y que están dotados de las «virtudes sociológicas» necesarias para convertirse en caudillos de la democracia. Y estos hombres se sienten y actúan—aun cuando no lo digan—como dictadores, porque simbolizan la voluntad dictatorial de la masa. En el fondo son hombres sin individualidad; no son la expresión de un ethos personal, cuyos *pionniers* fuesen ellos, sino de un ethos colectivo, hecho de resentimiento y violencia; por eso tratan despiadadamente todo lo individual y se esfuerzan por eliminar cuanto no se adapta al uniformismo de la «voluntad popular» triunfante. La masa y sus representantes odian al «adversario» (que a veces no es tanto el que se sitúa en la «acera de enfrente» como el que, sin abandonar el santuario, se asoma a la puerta a gritar honradamente su «inadaptación» a las imposiciones de la masa), porque le reconocen acaso la superioridad que afirman negarle; y en nombre de la «homogeneidad» democrática que supone la implantación de la nueva voluntad popular, es destruído o inutilizado el adversario; a veces se obra así por impulso sentimental justiciero; en general, son fuerzas resentimentales las que actúan. Por eso «hay que imponer el genio individual sobre la masa», como ha dicho Unamuno; así debe ser, pero no sabemos si acabará por ser así; lo que sí sabemos es que el triunfo definitivo de la masa será la muerte de esta civilización de Occidente, a la par cristiana y liberal, que, con todas sus lacras, es, sin embargo, la flor más noble que ha producido el mundo.

Si la vieja idea del Estado de Derecho se inspiraba en el reconocimiento liberal de la personalidad humana en cuanto tal, y frente a este ideal la moderna democracia, con criterios de homogeneización, restringe la libertad en el número de sus beneficiarios y en el área de los bienes espirituales reconocidos, habremos de constatar que existe aquí un retroceso ético. Es posible

que la máquina jurídica del nuevo Estado de Derecho se perfeccione en términos insospechados; pero el aumento de valor de forma queda contrarrestado por el descenso en valor de fondo. Como «meros juristas» acogeremos alborozados la nueva organización jurídico-política; pero éste entusiasmo no nos compensará de la desilusión sufrida como hombres. La democracia antiliberal—demagógico-socializante o fascista—se ha adelantado a restringir el número de los que han de beneficiarse del liberalismo que aún se quiere dejar en vigor. Volvemos al concepto griego de la democracia; nuestra libertad consiste en gozar de derechos subjetivos dentro del Estado, concedidos por el orden jurídico; lo malo es cuando ese ordenamiento se obstina en negar a alguien esos derechos subjetivos que otorga a los demás. Argumentar entonces en nombre de la libertad liberal es considerado como un «hábil truco reaccionario». Y la solución, que nada tiene de liberal, aun cuando sea muy democrática—o muy fascista—, es ésta: aguantarse. Y este es el sentido que la «autenticidad» (la cual, como hemos visto, es un bien, pero no el sumo bien, si no se orienta en sentido liberal), en que viven los países políticamente más «adelantados», impone al moderno Estado de Derecho, cada vez más perfecto en su organización y cada vez más vacío de sentido universal y humano, puesto que es el reflejo del retorno que hoy se opera hacia esa «moral cerrada» de que habla Bergson, que el cristianismo y el humanitarismo libera parecían haber desterrado definitivamente.

I

EL CONCEPTO DEL ESTADO DE DERECHO

El Estado de Derecho es uno de los misterios de la ciencia jurídico-potítica; es, en la esfera de la ciencia del Derecho y del Estado, lo que en la Teología es el misterio del Dios-Hombre, el misterio del Creador de la Naturaleza sometido a la Naturaleza. Dios y Hombre verdadero, dice el Credo: legislador, y, sin embargo, sometido a la ley, afirma la teoría política. La dificultad de índole conceptual que va aparejada en este problema ha llevado a Kelsen (1), reflexionando sobre el paralelismo de la Teología y la Jurisprudencia, a zanjar la dificultad con lapidaria fórmula: *el hombre no debe ser sólo su propio diablo, debe ser también su propio Dios:* cada uno puede realizar en sí la obra de la «Encarnación», dejando de ver en ésta un hecho histórico realizado por Cristo. Del mismo modo hay que renunciar a la concepción del Estado de Derecho como hecho histórico para no ver en él sino la realidad de todo Estado; el Estado es el mismo orden jurídico; todo orden jurídico es orden estatal; luego todo Estado es jurídico, es decir, Estado de Derecho. Lo que era, pues, un ideal político, se convierte ahora en una categoría epistemológica. Ahora bien, si con este radical procedimiento puede admitirse que Kelsen ha resuelto una dificultad gnoseológica, hemos de confesar que el problema jurídico-político sigue en pie. Además—¿por qué negarlo?—, todo el problema del Estado de Derecho va impregnado de sabor jusnaturalista. El Estado de Derecho aparece, ni más ni menos, como una exigencia de Derecho natural. Llegado a este punto, me interesa advertir que no

(1) Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 2. Aufl., 1928, pág. 6 y siguientes,

niego que los problemas del Derecho político tienen una vertiente lógico-jurídica, propiamente gnoseológica, para cuyo estudio ha prestado inestimables servicios la «Teoría pura del Derecho», de la escuela vienesa; yo mismo me he formado en el espíritu de esa selecta minoría de juristas, a cuyas doctrinas he dedicado alguno de mis modestos trabajos (1); pero me interesa rectificar el «imperialismo del método» que domina la obra de Kelsen. En algún lugar he hablado de un «perspectivismo de base ontológica» como doctrina metódica previa a todo problema concreto: eligiendo, pues, perspectiva, me sitúo por esta vez en la vertiente inversa a la en que se sitúa Kelsen, es decir, en el punto de vista político (ético y sociológico), que permite descubrir en los problemas del Estado muchos aspectos que a la consideración puramente jurídica quedan ocultos.

Según Schmitt (2), la constitución del moderno estado cívico de Derecho es, atendiendo a su desenvolvimiento histórico y al tipo ideal que todas tratan de realizar, una constitución liberal, en el sentido de la libertad civil. Su sentido y su finalidad, su *télos*, no es directamente el poder y el esplendor del Estado, no es la *gloire de l'Etat*, de que habla Montesquieu, sino la *liberté du citoyen*, la protección del ciudadano frente a los abusos del poder estatal. Con esto queda dicho que, históricamente, no todo Estado en el que existe un ordenamiento jurídico—y apenas si cabe pensar que sea posible un Estado sin tal ordenamiento—, es un Estado de Derecho; en ese caso, la afirmación epistemológica de Kelsen tendría valor político y carecerían de sentido las luchas por la «juridicidad», que comenzaron en el siglo XVIII en las esferas intelectuales y todavía no han perdido actualidad como aspiración política. El Estado de Derecho ha de estar sometido a un orden jurídico; pero este orden jurídico ha de reunir

(1) Kelsen, *Estudio crítico de la Teoría pura del Derecho y el Estado*, Barcelona, Bosch, 1933; *Die ontologische Grundlage der reinen Rechtslehre. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, en la *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Bd. XII, Viena, 1932.

(2) *Verfassungslehre*, München u. Leipzig, 1928, pág. 126.

a su vez determinadas cualidades de forma y fondo. De otro modo, es inexplicable por qué se pone en duda el carácter jurídico del Estado español durante la Dictadura, la cual creó también su régimen de Derecho, o el del Estado fascista, que ha creado igualmente un sistema e incluso una concepción nueva de lo jurídico (1). Ese «orden jurídico» de que se habla en el Estado de Derecho ha de ser dictado en régimen de distinción y separación, al menos relativa, de poderes; el órgano legislador ha de ser precisamente un Parlamento, «democráticamente» elegido, y el contenido de ese orden ha de ser precisamente una afirmación y garantía de la libertad de los ciudadanos en todos los órdenes: ético-religioso, político, civil y económico (2). El Esta-

(1) Maggiore en *Riv. Int. di Filosofia del Diritto*, VI, 1926 Confróntese G. Meloni, *Tecnica giuridica e sistematica delle riforme del regime fascista*, 1931.

(2) «Aus der Grundidee der bürgerlichen Freiheit, escribe Schmitt, obra cit., páginas 126-27, ergeben sich zwei Folgerungen, welche die beiden Prinzipien des rechtsstaatlichen Bestandteils jeder modernen Verfassung ausmachen. Erstens ein Verteilungsprinzip: die Freiheitssphäre des Einzelnen wird als etwas vor dem Staat gegebenes vorausgesetzt, und zwar ist die Freiheit des Einzelnen prinzipiell unbegrenzt, während die Befugnis des Staates zu Eingriffen in diese Sphäre prinzipiell begrenzt ist. Zweitens ein Organisationsprinzip, welcher der Durchführung dieses Verteilungsprinzip dient: die (prinzipiell begrenzte) staatliche Macht wird geteilt und in einem System umschriebener Kompetenzen erfasst. Das Verteilungsprinzip -prinzipiell unbegrenzte Freiheit des Einzelnen, prinzipiell begrenzte Machtbefugnis des Staates-findet seinen Ausdruck in einer Reihe von sog. Grund -oder Freiheitsrechten; das Organisationsprinzip ist in der Lehre von der sog Gewaltenteilung enthalten, d. h. der Unterscheidung verschiedener Zweige staatlicher Machtausübung, wobei hauptsächlich die Unterscheidung von Gesetzgebung, Regierung (Verwaltung) und Rechtspflege -Legislative, Executive und Justiz -in Betracht kommt. Diese Teilung und Unterscheidung dient dem Interesse gegenseitiger Kontrolle und Hemmungen dieser «Gewalten». Grundrechte und Gewaltenteilung bezeichnen demnach den wesentlichen Inhalt es rechtsstaatlichen Bestandteiles der modernen Verfassung». También Kelsen pone la idea de «libertad natural» en la base de la Democracia. Pero él identifica democracia y Estado de Derecho e incluso Democracia y liberalismo; pues la libertad es para él, autodeterminación, es decir, no someterse a otras normas que las dicta-

do de Derecho es, se dice, el «imperio de la ley»; pero comoquiera que todo Estado conoce leyes, hay un concepto optimista de la ley, se cree en una especie de «armonía preestablecida» entre las determinaciones de la ley y la garantía de la libertad; se afirma el imperio de la ley porque «S. M. la ley» es, por definición, la garantía de los «derechos del hombre y del ciudadano». El concepto de ley fletado por la doctrina del Estado de Derecho es, pues, un concepto jusnaturalista: ciertamente, esa misma doctrina es la que ha elaborado el moderno concepto de «ley formal»; pero en el fondo sigue imperando una ideología de Derecho natural, con la sola variante de que al *bonum commune* se le llama ahora libertad. Recuérdese que, para los escolásticos, el requisito del bien común es una cualidad intrínseca de la ley; del mismo modo que la ley sea afirmación y garantía de la libertad, no es tanto una exigencia que la doctrina del Estado de Derecho plantea a la ley, sino un supuesto natural del concepto de la misma, algo acerca de lo cual no vale siquiera la pena de entablar discusión.

Sin tener cuenta de este matiz liberal de la teoría, la doctrina del Estado de Derecho es manca, no es justamente comprendida. Por eso es erróneo sostener con Bluntschli (1) que también el Estado feudal era un Estado de Derecho (puesto que un entresijo de derechos subjetivos y privilegios impedía a veces toda acción política, toda intervención personal del monarca); pues aun

das por uno mismo; y como el principio de la división del trabajo, condicionante de todo progreso técnico-social, exige que se encargue a órganos especializados la misión legislativa, la libertad se traduce en la posesión de derechos subjetivos por los cuales se participa de algún modo en la creación de orden jurídico estatal (participando, por ejemplo, en la elección de los órganos legisladores o, simplemente mediante el ejercicio de las acciones procesales que son la condición de la aplicación de las normas generales; pues toda aplicación judicial de una norma general es creación de una norma jurídica individual). Cfs. especialmente *Das Problem des Parlamentarismus*, 1925 y *Wesen und Wert der Demokratie*, 1921.

(1) Artículo «Rechtsstaat» de su «Staatslexikon;» cit. por Schmitt, obra citada pág. 129.

siendo así, había en la Edad Media un concepto de libertad que en nada se parece al concepto de libertad liberal; ya se vea en la libertad de la Edad Media, con Donoso Cortés, un equilibrio de privilegios, impotentes por sí mismos para imponerse con carácter exclusivo, ya se la considere con el tradicionalismo orgánico de Minguijón, en sentido vitalista y concreto, como «libertades» efectivas frente al poder, es lo cierto que la ideología liberal tiene un sentido diferente, puesto que significa la reivindicación de la «personalidad humana» en cuanto tal, a impulsos de una concepción filosófica abstracta y racionalista; Max Weber afirma también que el Estado medieval era un Estado de Derecho de «derechos subjetivos», es decir, un «haz de derechos bien adquiridos», mientras que el moderno Estado de Derecho es un orden jurídico objetivo, un sistema de reglas abstractas (1); pero nos parece que esta contraposición es demasiado rígida, puesto que, en definitiva, también el moderno Estado de Derecho, al menos en la época de esplendor de la concepción liberal (quizá no podamos decir ya hoy otro tanto), podía ser considerado como un sistema de derechos adquiridos, garantizados por un ordenamiento jurídico abstracto, cuyo único contenido era la afirmación y garantía de los derechos; ¿no es la seguridad jurídica, es decir, la garantía de las situaciones jurídicas creadas al amparo de la ley, aliada con la libertad—traducida en derechos frente al Estado—lo que constituye la finalidad esencial del Estado de Derecho? Téngase presente por otra parte que el concepto de derecho subjetivo ha surgido en la ciencia precisamente en la época del individualismo liberal, y sólo los normativis-

(1) Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1924, pág. 745. No fué un «Estado de Derecho» en el sentido actual la monarquía medieval castellana, pero ni siquiera la monarquía aragonesa a pesar de su Justicia. Sin duda esta institución representa una auténtica estructuración judicialista de la vida política, lo cua es ya un estadio en la formación del Estado de Derecho; pero faltaba cuando menos «igualdad ante la ley». El Justicia era una institución de clase. Cfs. acerca de este problema López de Haro, *La Constitución y Libertades de Aragón y el Justicia Mayor*, Madrid, Editorial Reus, 1927.

tas de última hora (Kelsen, Duguit) han acentuado la importancia del problema del deber jurídico. El Estado de Derecho, diremos resumiendo, no es sólo una determinada estructura del Estado, sino un Estado informado por una ideología liberal a cuyo servicio se crea aquella determinada estructura; el Estado de Derecho es, en este sentido, la traducción jurídica de la democracia liberal. Pero advirtamos que este concepto no es puramente jurídico, sino sociológico-político, y, por tanto, no encaja ya toda la realidad actual del Estado de Derecho, y por eso hay que buscar un concepto jurídico formal que, como tal, se adapte a toda realidad posible. Por lo demás, la formulación de este concepto ofrece dificultades no pequeñas, puesto que el formalismo tiene el peligro de hacer perder el sentido de las instituciones que define. El concepto kelseniano que hace de todo Estado un Estado de Derecho es inaceptable, puesto que es errónea la base de que parte, a saber, la identificación total de Estado y orden jurídico; decir, por otra parte, que el Estado de Derecho es aquel en el que ningún órgano puede realizar la menor intervención que no esté predeterminada en la ley es decir muy poco; pues, ¿cómo afirmar en serio que España era un Estado de Derecho bajo la «ley» de Defensa de la República? Podría pensarse que el Estado de Derecho es aquel en el que existe organizada la garantía jurisdiccional de la Constitución; pero si bien no cabe duda de que allí donde existe tal control el Estado de Derecho ha alcanzado la máxima perfección política, es lo cierto que hay Estados de Derecho que no lo poseen, como Francia. Por eso hay que conformarse con un mínimum de características formales para designar el Estado de Derecho: la existencia de un régimen de distinción de poderes, de un mínimum de «libertad», especialmente en el sentido de «libertad política» (organización democrática de los poderes) y de un mínimum de «igualdad ante la ley» (aun cuando tanto la libertad como, en consecuencia, esta igualdad sufran restricciones importantes en ciertos casos, por ejemplo, por motivos de «laicismo»). La existencia de estos indicios no autoriza, ciertamente, a afirmar que se trata de una «democracia liberal», pero para

pensar que existe un «Estado de Derecho» es suficiente (1); tenemos en esas características el signo con el cual podemos reconocer una existencia posible de un Estado jurídico; pero su sentido íntimo sólo nos lo descubrirá el estudio de las realidades sociológico-ideológicas que lo sostienen y vivifican; el Estado de Derecho es, en la idea, democracia liberal organizada jurídicamente; en la realidad política anterior, la organización jurídica era escasa; en la realidad actual y probablemente en la futura, la organización se perfecciona, pero el contenido liberal desaparece paulatinamente.

(1) Schmitt, *Verfassungslehre*, § 12, señala las siguientes características del Estado de Derecho: *a*) que sólo sobre la base de una ley sean posibles los ataques a la esfera de la libertad individual; *b*) que toda la actividad el Estado esté repartida de modo exhaustivo en una suma de competencia claramente delimitadas; *c*) que se garantice la independencia de los jueces. Como ideal del Estado cívico de Derecho se señala la estructuración judicialista de toda la vida política, culminando la evolución en la existencia de una «Justicia política» (Tribunales de Justicia constitucional, de Garantías constitucionales, etc.). Cfs. del mismo, *La defensa de la Constitución*, versión española, Labor, 1931.

II

EL ESTADO DE DERECHO EN LA IDEOLOGIA DEL DERECHO NATURAL DEMOCRATICO

Llamo *Derecho natural democrático* a aquella corriente del jusnaturalismo que, desprendiéndose de la fundamentación tradicional teística, adopta como punto de partida el concepto de «personalidad humana» con una esfera de derechos y libertades que no sólo son «naturales» e independientes de la concesión del Estado, sino que constituyen el límite natural de la acción de éste, y para la mejor defensa de los cuales se instituyó. Este Derecho natural no es todo el jusnaturalismo renacentista, ni tampoco todos los tratadistas del racionalismo pueden ser incluídos en él. Acaso podríamos referirlo a la corriente iniciada por Puffendorf, a la que debe indudablemente muchos de sus supuestos, pero en general coincide con el que ha llamado Sauter (1)

(1) Sauter, *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts*, Wien, Springer, 1932. Sin embargo, el Derecho natural democrático no es más que una rama de este Derecho natural individualista Por eso dice el autor mencionado, ob. cit. pág 197: «Unter dieser Bezeichnung «individualistische Naturrecht» fassen wir mehrere Strömungen zusammen, die zu ganz verschiedenen Zeiten aufgetreten sind. Das Wort individualistisch ist zwar vieldeutig, je nachden man sich das metaphysisch Objektive oder sozial Objektive als sein Gegenteil vorstellt. Es wird sich jedoch zeigen, das auf diese Naturrechtslehren die beiden Bedeutungen zutreffen, in dem die eine Richtung antimetaphysisch und antisozial, die andere metaphysisch und antisozial, und eine dritte antimetaphysisch aber sozial eingestellt war. Auf einige Richtungen, wie z. B. die Sophisten, Kyniker, Megariken und Rousseau würde auch die Bezeichnung revolutionär passen, aber andere wie z. B. Epikur und Hobbes, welche streng individualistisch sind, sind wieder hochkonservativ so dass die Be

«Derecho natural individualista», cuyas raíces están ya en los sofistas griegos. Conviene recordar aquí que no es cierta la opinión corriente según la cual los sofistas fueron detractores de la ley natural inmutable y de lo «justo por naturaleza», cuando la verdad es que sus doctrinas no fueron en el fondo otra cosa que una protesta contra el aristocratismo vitalista de los más grandes pensadores helenos, y una exaltación de los derechos imprescriptibles de la personalidad humana. El gran descubrimiento de los sofistas es precisamente el conocimiento de la dignidad humana y de los derechos del hombre. «Dios ha creado libres a todos. La Naturaleza no ha hecho a nadie esclavo»: así dice el primer liberal del mundo, uno de los discípulos de Gorgias. Allí donde perdure esta doctrina nos hallaremos en presencia de Derecho natural «democrático». También en la Escolástica la encontramos, pero no podemos ya incluir en la denominación de «democrático» a su Derecho natural, puesto que al «personalismo cristiano» no se añade el «individualismo» (que es el personalismo liberal), ni los supuestos sociológicos del pensamiento escolástico son los mismos, ni, por tanto, las consecuencias políticas son idénticas; no es que necesariamente hayan tenido que serlo; pero contra esta diferenciación no objeta nada el hecho del indudable «sentido democrático» de la filosofía política escolástica (Santo Tomás, Suárez) (1); y a una consideración sociológica como la que actualmente nos ocupa no puede ser indiferente el hecho de que el ideario democrático-liberal no se ha desarrollado precisamente en medios escolásticos (2).

zeichnung individualistisch jedenfalls die zutreffendste ist». Acerca del Derecho natural democrático en España, véase mi artículo *Die Hauptrichtungen in der Rechts, Staats, und Sozialphilosophie in Spanien*, publicado en el *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, Berlín, 1932, así como la nota adicional a la traducción de Sauer, *Filosofía jurídica y social*, Barcelona, Labor, 1933.

(1) Confróntese, por ejemplo, Recasens Siches, *La Filosofía jurídica del P. Suárez*, 1927; *En torno al subsuelo de las ideologías políticas*, Reus, 1928; y Romero Otazo, *El sentido democrático de la doctrina de Santo Tomás*, 1930.

(2) O, mejor, neoescolásticos. Es claro que entre el liberalismo ra-

Se trata, pues, de un Derecho natural «individualista», como el de Hobbes, pero además, y a diferencia del de éste, «democrático», es decir, que salvaguarda la libertad, recoge las tendencias políticas de los monarcómacos y adquiere un tinte revolucionario. Por lo demás, impera en este punto bastante confusión. Se hace arrancar el Derecho natural «laico» de Grocio, por la afirmación de éste de que existiría un Derecho natural «etsi daretur non esse Deus», pero aparte de que lo mismo dijo antes de él el escolástico español Arriaga (1), la investigación moderna, más arrimada al estudio directo de las fuentes, comienza a incluir a Grocio entre los cultivadores de un Derecho natural «transcendente», como continuador de la tradición escolástica.

Algunos preferirían hablar de Derecho natural «revolucionario» (2), pero de admitir esa nomenclatura no podríamos incluir

cionalista y el escolasticismo hay una oposición de principios. El liberalismo, ese liberalismo ha sido condenado por la Iglesia. Pero no podemos incurrir en el cómodo error integrista de confundir las afirmaciones filosóficas del racionalismo con toda postura política liberal y lanzar sobre ésta las condenaciones que sólo contra aquéllas tienen razón de ser. Escolásticos recientes defienden ideas democráticas en política e incluso no hallan grave inconveniente en apellidarse «liberales», si bien prefieren con frecuencia el primer calificativo. Por lo demás, no dejan de ser, en el fondo, liberales; así, por ejemplo, Balmes, a pesar de su «tradicionalismo posibilista» (véase acerca de Balmes un estudio de Ruiz Manent: *Balmes, la libertad y la Constitución*, Madrid, 1929) y su moderno discípulo Jerónimo García Gallego (cfs. *El régimen constitucional y los principios de la soberanía cristiana*, 1926; *Limitaciones de la soberanía*, 1928; *Necesidad de Cortes constituyentes*, 1930, etc.). Pero estas actitudes son excepción. En los medios neoescolásticos es incluso corriente un desvío de la genuina tradición escolástica en torno al poder público; recuérdense las diatribas de Taparelli contra la soberanía nacional y sus esfuerzos para demostrar que la doctrina de Santo Tomás era lo contrario de dicha teoría democrática y la influencia que aquel autor ha ejercido en tratadistas como Enrique Gil Robles, Ceferino González, Luis Mendizábal, etc.

(1) Cit. por Sauter, *Die phil. Grund. des Naturrechts.*

(2) La idea del «Derecho natural revolucionario» procede de Stahl, quien, como buen tradicionalista, despreció las abstracciones de la Escuela del Derecho natural. Desde entonces se ha trasmitido como un tó-

en la denominación más que a lo que en realidad constituye una rama desgajada del tronco del jusnaturalismo, es decir, el individualismo radical anarquista, representado, por ejemplo, por Pi y Margall (1); pero el Derecho natural democrático no contiene sólo la tendencia radicalmente democrática, sino precisamente la transacción del Estado de Derecho; hay una sociología del liberalismo que le determina precisamente como liberalismo burgués y, por tanto, «revolucionario frente a la reacción», pero conservador frente a los excesos democráticos, y no sólo frente a la anarquía: por lo cual, siendo predominantemente liberal, creemos posible, empero, el calificativo de *Derecho natural democrático*, puesto que su primera exigencia de índole práctica es la del reconocimiento de la «soberanía nacional», es decir, la organiza-

pico, en ciertos medios intelectuales (especialmente en el positivismo jurídico alemán) el carácter revolucionario del Derecho natural. Contra este tópico se ha alzado Kelsen afirmando, contrariamente, el carácter conservador del Derecho natural. La verdad es que hay un Derecho natural revolucionario, un Derecho natural conservador y un Derecho natural intermedio o progresivo (recuérdese, por ejemplo, la concepción de Renard: un *Droit naturel à contenu progressif* a diferencia del *Naturrecht mit wechselnden Inhalt*, de Stammler). Todo Derecho natural revolucionario es Derecho natural democrático, pero no todo Derecho natural democrático es Derecho natural revolucionario. Así como el Derecho natural democrático es una especie del Derecho natural individualista, el Derecho natural revolucionario es una subespecie del democrático.

(1) Por lo demás, este Derecho natural ha perdido todo enraice metafísico y no es más que una mera «actitud» política; no se habla ya siquiera de «Derecho natural», sino de «libertad» y de «derechos»; hay un fanatismo de la «revolución», una «mística» revolucionaria en la que conceptos tan respetables como los de «personalidad» y «libertad», son infinitamente vaciados y contrapuestos a vacuos mitos como los de «autocracia» y «dictadura», perfectamente faltos de todo sentido positivo por cuanto que no se les opone, por lo general, una libertad efectiva y creadora, sino el jacobinismo, que es la dictadura revolucionaria ejercida en nombre del mito de la revolución. Una síntesis del ideario político de Pí y Margall, se ofrece en su bello libro *Las luchas de nuestros días*, 1890; breves indicaciones acerca de su pensamiento en mis trabajos citados del *Archiv Rechts -u. Wirtschaftsphil*, y traducción del Sauer, *Fil. jurídica y social*.

ción democrática de los poderes estatales, creyendo que sólo así pueden realizarse los postulados liberales.

El Derecho natural democrático tiene dos grandes representantes: Rousseau, de una parte, y Kant, de otra; uno y otro le imprimen, empero, un sello peculiar, de modo que la doctrina revela las trazas personales de sus cultivadores. De Rousseau proviene el radicalismo de la democracia de masas; pese a todas las dificultades de interpretación, hay que inclinarse del lado de Jellinek (1) y ver en Rousseau, fundamentalmente, un antiliberal; de Kant, en cambio, procede la ideología del Estado burgués de Derecho. Kant es, fundamentalmente, un liberal: toda su doctrina está impregnada de respeto a la dignidad humana: «honra a la Humanidad en las demás personas y estímate a ti mismo como persona»; Rousseau es más propiamente un demócrata: pero también Rousseau partía del supuesto liberal de la libertad originaria («el hombre nace libre y sin embargo se encuentra encadenado»), es decir, tenía a la vista el concepto de la personalidad humana—aun cuando ésta parece no salir muy bien parada en el desenvolvimiento de la doctrina—, y también Kant reclamaba una organización democrática: «El Estado es la unión de hombres bajo leyes jurídicas»; y uno y otro se inspiraron en la tradición doctrinal del *pacto social* y del *estado de naturaleza*; esta grandiosa ficción (2) es el supuesto de la doctrina del Estado

(1) *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, versión española de Posada.

(2) Esta ficción constituye un error metódico, pero nada más. Acerca de esto, ha dicho palabras definitivas el preclaro Del Vecchio en su libro *Concepto de la naturaleza y principio del Derecho.* Actualmente no vale la pena demostrar que, en efecto, los autores más serios no creyeron nunca que ese pacto se realizase de hecho por lo cual resulta chabacana la crítica de aquéllos que se esfuerzan en demostrar la falsedad «histórica» del contrato social. aduciendo entre otros argumentos pintorescos el que no se han encontrado documentos que acrediten la celebración de un acto tan importante (!). Sin embargo, precisa confesar que muchos pensadores de segunda categoría dan a entender que realmente lo creyeron; desde luego esa impresión se recoge de la lectura de las actas de las sesiones de las Cortes de Cádiz.

de Derecho. Pero este principio, que ya deja entrever una determinada actitud política, va unido, además, a una concepción metafísica que en cierto modo lo fundamenta: el centro de gravedad del conocimiento se desplaza del Universo a la mente humana (1): por eso Kant, punto culminante de la corriente filosófica postrenacentista, lleva a cabo su «revolución copernicana»; es decir, el orden del Universo deja de ser un orden «querido» por Dios para convertirse en un «ordre naturel» (2): este orden natural es autónomo, se rige por leyes propias, *va de lui même*; ninguna voluntad divina ni humana puede ni debe realizar en él la menor intervención; Dios mismo, que ha creado sociable al hombre, pudo haberlo creado de otro modo, pero una vez que lo creó precisamente así, quedó sujeto a su propia obra; a su vez, el hombre debe vivir «de acuerdo con la naturaleza»; las leyes positivas no han de contener tanto prescripciones y orientaciones determinadas, como cauces por los que puedan correr libremente las fuerzas e impulsos naturales del hombre: *laissez faire, laissez passer*, y esto no sólo en el orden económico, sino en el político. El Estado es una necesidad porque hubo un día (es

(1) Tal es la raíz del individualismo, que comienza como subjetivismo filosófico: el hombre como medida de todas las cosas. Esta conexión es necesaria: el subjetivismo implica el individualismo. No a la inversa: el individualismo liberal no es necesario que se base en una filosofía subjetivista, aun cuando históricamente haya ocurrido así. Así, por ejemplo, el individualismo halla una defensa decidida en Hauriou (recuérdese su teoría del individualismo *faillible*) no obstante orientarse abiertamente hacia la Filosofía tradicional. Por lo mismo, a medida que se vuelve a las cosas (Husserl, Hartmann), retrocede el individualismo exacerbado; cfs. Xirau, *El sentido de la verdad*, 1924; Spann, *Gesellschaftslehre*, nueva edición, 1929.

(2) Esta idea es la que se expresa en los versos de Goethe:

«¿Qué Dios sería aquel que desde fuera impeliera al mundo,
Y con el dedo lo hiciera resbalar sobre su órbita?
Mas no: Dios se digna conocer al mundo en su interior,
Cobijando a la Naturaleza y cobijándose en ella.»

Cfs. acerca de esto la exposición de Heller, *Las ideas políticas contemporáneas*, versión española, Labor, 1930, sección segunda.

decir, se procede mentalmente «como si» hubiese habido un día) en que los hombres se dieron cuenta de que no les convenía vivir sueltos y que era preferible la vida en común: pero a la sociedad aportó el hombre un caudal de derechos «naturales» y un complejo de instintos, buenos por ser naturales también, de cuya libre actuación había de derivar la felicidad de los individuos (y, «por tanto», la del Estado, suma de individuos); luego el Estado existe para hacer posible esa felicidad, y la ley ha de contentarse con ser una «ley general de libertad», de modo que la libertad de uno pueda coexistir con la de los demás, limitándose, pues, a ser garantía de los derechos del individuo y a marcar un cauce por el que sus tendencias y apetitos puedan circular ordenada, pero pacíficamente. Por tanto, *frente al arbitrio personal, imperio de la ley*. La autoridad tenderá siempre a usar del poder en su provecho o, al menos, a desviar la tendencia de la naturaleza para fines preconcebidos (expansión territorial, una determinada política proteccionista, honra de una dinastía, etc.); sólo la ley puede ser garantía de la libertad y respetar el «orden natural» de las cosas. La autoridad, incluso la autoridad soberana, ha de estar sometida a la ley. Ahora se ve, pues, que el Estado de Derecho es una exigencia directa del «Derecho natural democrático». Los legisladores de Cádiz muestran en sus ingenuos discursos esta lógica concatenación de ideas: el Diario de Sesiones de aquella romántica legislatura constituye, acaso, el mejor «Tratado de Derecho natural democrático» que poseemos en España.

«La sociedad humana, decía un Diputado (1), es la unión de hombres ligados entre sí con un vínculo indisoluble, y su objeto es el mejor estar de los individuos que la componen: se estableció el Gobierno para su conservación y tranquilidad; ésta atiende al goce de sus derechos naturales e imprescriptibles. Estos derechos son, entre otros, la igualdad, que consiste en que la ley debe ser la misma para todos, ya proteja, ya castigue; que no pueda ordenar sino lo que es justo y útil a la sociedad, ni

(1) Larrazábal, en la sesión de 6 de Septiembre de 1811.

prohibir sino lo que es perjudicial». El Conde de Toreno, resumiendo bellamente la doctrina justanaturalista democrática que es el supuesto de la teoría del Estado de Derecho, se preguntaba: «¿Qué es la Nación? La reunión de todos los españoles de ambos hemisferios; y estos hombres llamados españoles, ¿para qué están reunidos en sociedad?... Para su conservación y felicidades. Y, ¿cómo vivirán seguros y felices? Siendo dueños de su voluntad, conservando siempre el derecho de establecer lo que juzguen útil y conveniente al pro comunal. Y, ¿pueden, por ventura, ceder o enajenar este derecho? No, porque entonces cederían su felicidad, enajenarían su existencia, mudarían su forma. Este derecho, como todos, se deriva de su propia naturaleza. Cada uno de nosotros, individualmente, busca su propia felicidad, procura su conservación, su mejor estar, es impelido a ello por su propia organización; no puede dejar de ceder a este impulso, porque dejaría de existir; así de la misma manera, el conjunto de individuos reunidos en sociedad, no mudando por esto su forma física y moral, preciso es que en unión sean compelidos a buscar su felicidad y mirar por su conservación como lo son separadamente y en particular. Y, ¿podrían conseguir esto si un individuo tuviera el derecho de oponerse a la voluntad de la sociedad?» (1). «Los derechos del hombre, sí, sus más preciados derechos son siempre los mismos y nunca puede perderlos sea cual fuere el lugar en que la naturaleza le hizo nacer: estos derechos sagrados son imprescriptibles: no los disfruta siempre, es verdad, porque el despotismo los usurpa en muchas ocasiones, si no es que la ignorancia los confunde o los hace desconocer en algún pueblo; sin embargo, en ningún tiempo puede renunciarse esta dulce posesión, porque sobre ser más propios de la especie que del individuo, jamás el hombre puesto en sociedad ha debido sacrificar una mayor porción de libertad que aquella absolutamente necesaria para su seguridad» (2). «Lo que principalmente contribuye a que un Estado sea feliz, aseveraba

(1) En la sesión de 28 de Agosto de 1811.
(2) Pover, en la sesión del 16 de Enero de 1811.

el elocuente Argüelles (1), no es que los empleos se repartan con una justificación imaginaria, sino que el ciudadano sea libre y que el Gobierno no pueda atentar a sus derechos individuales: que sea libre el ciudadano en su persona, en su opinión, en sus propiedades: he aquí lo que constituye la felicidad social». El concepto «nomocrático» inmanente al Estado de Derecho aparece en las siguientes palabras: «En los gobiernos despóticos imperan los hombres; en los moderados, las leyes. El arbitrio de los Magistrados se debe impedir y privarles de todos aquellos que los hagan superiores a ellas. La libertad política de los ciudadanos se compone de la seguridad de que gozan y del concepto que de ésta han formado para conseguir el fin. Los primeros que formaron las sociedades acudieron a la ordenación de las leyes, las cuales, señalándoles sus respectivas obligaciones y precisándoles a cumplirlas, inspiran aquella confianza que nace de la opinión desempeñando sus preceptos. La libertad del ciudadano está fundada sobre la base firme de las leyes; cuanto mayor sea el vigor de éstas, tanto más crecerá la libertad y se minorará al paso que se aumente el arbitrio del Juez» (2). Y el enraice metafísico de este nomocratismo lo revela el célebre cura de Algeciras al decir: »Creó Dios el mundo, y lo conserva, numero, pondere, et mensura, proporcionándole, y procurando en todo la armonía, el concierto y el orden. De la misma manera quiso Dios que en la sociedad a que el hombre es conducido se siguiere y remedase el verdadero sistema de la Naturaleza, evitando el desorden, la confusión y el trastorno; y a este fin se hizo indispensable que los legisladores, advirtiendo la corrupción del corazón humano, fijasen leyes... Estas leyes obligan a todos, y aun los soberanos están obligados a ellas» (3), Tales son, pues, los cimientos ideales del Estado de Derecho. Estudiemos ahora la condicionalidad sociológica de esta ideología.

(1) En la sesión del 13 de Febrero de 1811.
(2) José de Cea en la sesión del 31 de Marzo de 1811.
(3) En la sesión del 4 de Mayo de 1811.

III

SOCIOLOGIA DEL ESTADO DE DERECHO

Hemos visto que el Estado de Derecho es la concreción jurídica de un ideal ético-jurídico, jusnaturalista, de valor absoluto. Desentrañemos ahora su sentido real. No tratamos con esto de poner al desnudo una supuesta falacia de los ideales inspiradores del Estado de Derecho. No participamos del concepto vulgar de la sociología que, prácticamente, asigna a ésta un papel harto lamentable: frente a los ideales más nobles se presenta la «realidad» mostrando que en la vida social impera el más fuerte, que los mismos ideales no son sino expresión de intereses económicos, etc. Este materialismo impera en muchos juristas en el momento en que se ponen a hacer sociología; pero con este modo de ver las cosas es preciso romper. Una sociología auténtica es, fundamentalmente, «sociología de la cultura»; por tanto, su labor es alumbrar las fuentes ideológicas, los canales subterráneos que vivifican las instituciones, es poner en relación estas ideas con el medio social en que nacen, mostrar la «aptitud» de cada época y cada pueblo para percibir y realizar ciertos valores y no otros, y con todo ello formular «leyes». Y no es que las ideas informantes de las instituciones sean un fruto de las relaciones económico-sociales vigentes en una época, como piensa el materialismo histórico, sino que las ideas, para manifestarse, para ser eficientes, necesitan un medio social que las recoja, una realidad para la cual «valgan» (1).

(1) Según Scheler el espíritu carece de fuerza propia suficiente para conferir existencia a determinados contenidos culturales. Es un factor de «determinación», no de «realización» del devenir posible de la cultura. Cuanto «más puro» es el espíritu, tanto más «impotente» se mues-

En la Edad Media es inconcebible la idea del Estado de Derecho en su sentido actual; sin embargo, también entonces hay una complicada malla de situaciones jurídicas estamentarias por cuyo respeto se vela escrupulosamente; el Rey jura mantener los fueros y franquicias de los vasallos—y entonces el juramento tiene un valor social paralelo a su hondo sentido religioso—; también entonces la vida está, en general, sometida a normas inviolables (en el concepto stammleriano de la «inviolabilidad», como intención de quien dicta la norma de permanecer sometido a ella en tanto no la derogue expresamente); a pesar de esto, no puede hablarse entonces de «imperio de la ley» al modo actual: faltan los supuestos sociológicos del mismo: la Edad

tra en el sentido de su actuación dinámica. Sólo cuando las ideas se enlazan con intereses, impulsos y tendencias alcanzan poder indirecto y posibilidad de eficacia: el factor positivo de realización es siempre la acción libre y la voluntad libre del «pequeño número» de personas, imitadas después por el «gran número». Cfs. Scheler, *Die Wissensformen und die Gesellschaft*, Leipzig, 1926, páginas 6 y siguientes. Hartmann ha hablado de la «angostura de la conciencia estimativa»: «...Es gibt ein andauerndes Sicheherausarbeiten neuer ethischer Wertgehalte. Das ist keine Umwertung der Werte, wohl aber eine Umwertung des Lebens. Die Werte selbst verschieben sich nicht in der Revolución des Ethos. Ihr Wesen ist einheitlich, übergesetzlich. Aber das Wertbewusstsein verschiebt sich. Es schneidet aus dem Reich der Werte jeweilig einen kleinen Umkreis der Erschauten Werte Jede in den Ausschnitt des Erschauten eintretende und jede aus ihn verschwindende Wertstruktur bedeutet eine Umwertung am Leben für das wertende Bewusstsein. Denn nur unter die jeweilig geschauten Werte fällt dem wertenden Bewusstsein das Wirkliche» (Hartmann, Ethik, pág. 46). Con la Revolución francesa fué redescubierto al mundo el valor de la libertad; la labor del sociólogo consiste justamente en averiguar los supuestos de hecho, las tendencias, intereses y condiciones antropológico-sociales que determinaron ese redescubrimiento; por tanto, investigar el «sentido» de la institución del Estado de Derecho, que es la traducción del sentimiento de aquel valor. Pero eso no es decir que el valor mismo de la libertad sea un reflejo de los intereses y condiciones sociales. Los valores tienen un «ser en sí» y son rigurosamente *a priori*. Sobre sociología de los conceptos jurídicos véase también Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (*Rechtssoziologie*), 1924 y Schmitt, *Politische Theologie*, 1922, páginas 42 y siguientes.

Media es la época de la variedad jurídica: cada ciudad su fuero; cada estamento su derecho estamentario; cada clase profesional su ordenanza; el derecho es entonces todo lo contrario de las normas abstractas y generales que predominan en la época actual, siendo más bien un derecho vivo, un genuino «derecho popular» (según la expresión de Galo Sánchez y de Sauer); en gran parte es derecho autárquico, es decir, surgido por así decirlo «biológicamente», «individualizado», no impuesto heterónoma e igualitariamente. La economía gremial dejaba, de un lado, ancho margen a la individualidad—es la era de los «artífices»—pero al mismo tiempo consentía y aun exigía trabas que hoy son insoportables. Por otra parte, de las concepciones metafísicas medievales derivaba la fundamentación trascendente de la autoridad y la tendencia a ver encarnado en la realidad el plan divino del Universo. Ocurre que en la Edad Media, como dice Minguijón, impera un «vitalismo» que es la contraposición exacta de la «ideocracia» propia de los modernos tiempos liberales (1). En la

(1) Cfs. *Al servicio de la tradición*, 1930, pág. 15: «...Uno de los contrastes entre la civilización medieval y la moderna puede concretarse en estos términos: aquélla representa el vitalismo, ésta la ideocracia. En la Edad Media el organismo social no se rige por abstracciones de un sistema teórico, ni por la imposición de un derecho fabricado *a priori*, sino por fuerzas vivas que lo van negrando naturalmente en virtud de un proceso de constitución interna. La concepción contraria es la ideocracia. La ideocracia de que hablamos dice Vogelsang es la denominación de un punto de vista abstracto y único, en el cual un partido llegado al poder quiere colocarse en todo por oposición con el estado de cosas natural e histórico» En esta concepción late un fondo romántico de adoración al pasado por huída del presente. Sin embargo, no ha de negarse que el verdadero progreso político no es el que se basa sobre negaciones y destrucciones de lo anterior (en este sentido no hay diferencia esencial entre la posición integrista de Donoso afirmando que «no debe quedar piedra sobre piedra del edificio revolucionario» y la no menos integrista del revolucionario que no quiere dejar subsistir nada del edificio tradicional). Pero esta posición «tradicionalista» y «vitalista» corre el peligro de ser exagerada a su vez e incurrir en transpersonalismo. A este propósito ha escrito el profesor Recaséns: «Así como en toda posición personalista orea una ráfaga de idealismo, de afán de modelar la

Edad Media se defienden «libertades»; la Edad contemporánea lucha por la Libertad; aquéllas se concretan en determinadas situaciones de hecho; la segunda es más bien la expresión de un concepto filosófico; las primeras, por tanto, requieren normas individualizadas, al paso que la segunda exige una norma general: «la ley». Y a la manera del Dios providente que dirige absolutamente las cosas divinas y humanas, que es la creencia viva de la Edad Media, se cree en un Rey que reina, gobierna y lo dirige todo, mientras que el «deísmo» liberal demanda consecuentemente un Rey alejado de las funciones del gobierno y sometido a la ley.

Pero la Edad Media muere con el nacimiento de un nuevo «tipo de hombre» diferente del que había predominado hasta entonces. Este nuevo tipo de hombre está cualificado por esta característica: la desconfianza (1). El hombre medieval tenía un sentido confiado y optimista, sabiéndose seguro dentro de los cuadros sociales en que se movía; su aegre adaptación al orden de cosas, considerado como un orden de cosas querido por Dios, no tenía nada de la resignación que engendra el resentimiento. En el hombre moderno nace una fe nueva, que es la fe en el progreso (2), pero al mismo tiempo se va convirtiendo en átomo de un inmenso organismo en desarticulación. La desconfianza es ahora un elemento constitucional humano. La descon-

realidad conforme a determinados principios, en cambio por el subsuelo filosófico de la política transpersonalista circulan corrientes de realismo. Entendiendo aquí por realismo el respeto a lo existente, el obsequio a la tradición, el considerar que todo en la Historia está justificado en sí mismo y que no cabe crear un abismo entre ella y el ideal, entre lo que es y lo que debe ser. Por esto el transpersonalismo dignifica de ordinario la clase social y parte de la desigualdad histórica. Todas las categorías sociales le parecen sagradas y ve en ellas el más firme andamiaje del Estado». (*En torno al subsuelo filosófico de las ideologías políticas*, Madrid, 1928 pág. 24.

(1) Acerca de esto véase el precioso estudio del profesor Ortega Gasset. *Kant*, Madrid 1929.

(2) Cfs. García Morente, *Ensayos sobre el progreso*, discurso académico, Madrid, 1932.

fianza medieval era más bien de tipo aldeano: la desconfianza concreta del prójimo, del «próximo» (de un gremio contra otro, de una ciudad contra otra, etc.); modernamente se trata de una desconfianza metafísica, trascendental: es la «desconfianza en general» elevada a ley de vida y del pensamiento. El burgués es el nuevo tipo de hombre que deviene dominante en Europa desde el Renacimiento, y el burgués es un hombre predominantemente desconfiado. Paralelamente surge en Filosofía la «Crítica», que es la filosofía de la desconfianza (1). Y esta desconfianza aplicada a la política, demanda dos cosas: *libertad* y *seguridad*. Libertad para la economía—el capitalismo no tolera las trabas de la economía gremial—; seguridad para las situaciones jurídicas creadas al amparo de esa libertad; libertad y seguridad, es decir, desconfianza frente a la acción tuteladora del monarca. Añádase a esta desconfianza un nuevo factor. Quien desconfía de algo acaba por resentirse de aquello de lo cual desconfía: a la desconfianza se añade, pues, el resentimiento. La Edad Moderna desconfía de las cosas, de los reyes y de Dios, y acaba por resentirse contra Dios, contra los reyes y las cosas, surgiendo así el racionalismo crítico que hace dar vueltas a la razón alrededor de sí misma, sin enraices por arriba ni contactos por abajo: es la desconfianza del criticismo, como la actitud racionalista en general es desconfianza y resentimiento de Dios. Se desconfía de la organización aristocrático-eclesiástica del *ancien régime*, y surge el resentimiento democrático (2). De momento se busca el

(1) Ortega Gasset, ob. cit. Cfs. Scheler, *El resentimiento en la moral*, versión española, Madrid, 1927. pág. 190: «La moral moderna se basa en la propensión a desconfiar radicalmente del hombre en general y de sus valores morales, en particular. La actitud del comerciante que teme ser engañado por sus competidores se ha convertido en actitud fundamental de la moderna percepción del prójimo. Esta desconfianza, emparentada muy de cerca con el resentimiento, es la que ha producido el moderno individualismo moral y la negación del principio de solidaridad que nos parece hoy tan evidente».

(2) Cfs. Max Scheler, *El resentimiento en la moral*, pág. 192: «La exigencia de igualdad es siempre una especulación a la baja. Cuando los hombres son iguales lo son por los caracteres de ínfimo valor. La idea

apoyo del poder real, en época en la que los reyes «ilustrados» son campeones de Derecho natural democrático (1), pero como a cambio de esto se sienten entrometidos y paternalistas en la economía y ésta requiere plena «libertad de movimientos», se desconfía también de este paternalismo y aparece el liberalismo económico. Entonces, frente a toda intervención personal en el inmutable «ordre naturel des choses» aparece como un bien

de la igualdad, como idea puramente racional, no podría jamás poner en movimiento una voluntad, un apetito ni un afecto. Pero el resentimiento, que no puede ver con alegría los valores superiores, oculta su verdadera naturaleza bajo la exigencia de la «igualdad». En realidad lo que quiere es la decapitación de los que poseen esos valores superiores que le indignan». Sin embargo, sería ilícito deducir de aquí que el orden jurídico debe consagrar la desigualdad política y jurídica de los ciudadanos; pues el orden jurídico tiene un carácter de generalidad y no afecta más que a los valores generales» y «comunes» de los hombres; de modo que el principio de «igualdad ante la ley» puede ser mantenido aun allí donde haya consciencia del carácter resentimental del igualitarismo. Con esto no queda resuelto ciertamente todo el problema. Se dirá que el sufragio universal pone a un mismo nivel o, mejor: rebaja al valioso frente al desprovisto de valor: pero hay que reconocer que para el Estado moderno no se ha hallado ninguna fórmula más aceptable de selección de los «mejores». Las fórmulas tradicionalistas son sociológicamente inactuales; las soluciones de tipo fascista son sociológicamente prematuras, puesto que aún no se ha logrado la plena integración espiritual de las comunidades políticas.

(1) Cfs. Heller, *Las ideas políticas contemporáneas*, páginas 31 y siguientes: «La idea monárquica del despotismo ilustrado, se justificaba con las teorías del Derecho natural que Pufendorf y sus continuadores, apoyándose en Hobbes y Bodid, y acomodándolas a la conciencia de la época, utilizaban a favor del absolutismo ilustrado. El Derecho natural racional, radical y ahistórico, no podía, es cierto, armonizarse con la doctrina de la gracia de Dios ni con la tradición histórica; tampoco era posible eludir la teoría del contrato social, es decir, no podía evitarse una justificación inmanente aplicada al absolutismo. Esta idea monárquica de un Federico II y de un José I está separada por todo un mundo de la justificación histórico legitimista y teocrática del monarquismo; y tiene por único título jurídico a la Razón, y lo que no debe olvidarse, en última instancia la Razón general de los miembros de la sociedad, que han dado su consentimiento al contrato social y al de subyección».

deseable en alto grado la impersonalidad, el «imperio de la ley». Y entonces puede surgir el concepto de «libertad dentro de la ley», porque el liberalismo no concibe la ley más que como garantía y afirmación de la libertad, como un mínimum de determinaciones positivas, como un dejar hacer todo cuanto no se oponga a la libertad de los demás. Por eso el imperio de la ley es idéntico con el «imperio de la libertad». Y en el momento en que estas verdades han sido proclamadas de un modo solemne en una carta política fundamental, ha surgido en la historia el primer Estado de Derecho. España lo fué por vez primera en 1812. El Estado de Derecho es la nación organizada jurídicamente por desconfianza hacia los poderes monárquico-feudales tradicionales: pero también por desconfianza hacia el pueblo-masa. Por eso el Estado de Derecho es «democracia liberal», las dos ideas políticas que lo sustentan. El liberalismo ha de ser realizado por la democracia: la democracia tiene por misión servir al liberalismo. Por tanto, el Estado de Derecho surge como un compromiso: es la moderación del ideal anarquista latente en el liberalismo (1) por un mínimum de poder organizado democráticamente. Pero no es una democracia entregada a sí misma,

(1) El liberalismo es esencialmente «anarquismo normativo»; y esto tanto más intensamente cuanto más alejado se halla de todo contacto con ideas puramente democráticas. Así, por ejemplo, el liberalismo romántico de Wilhelm von Humboldt el cual, como dice Heller, obra citada, pág 102 «contiene el conflicto interno característico, entre el criterio metafísico del liberalismo y su finalidad política, pues intenta defender la individualidad irracional, armónica y universal, y su libertad, con las determinaciones lógicas racionales del Derecho natural frente a la acción, necesariamente niveladora y centralista del poder del Estado, especialmente, primero contra la burocracia absolutista y, luego contra la democrática. Se trata de una contradicción insoluble, por expresar el eterno conflicto entre la libertad y la ley, entre el individuo y la Comunidad, entre el Alma y la Política, entre la inadaptación social romántica y la ordenada hombría de bien de los burgueses». Algo de esta concepción liberal se advierte en Sauer, *Filosofía jurídica y social*, versión española, Labor, 1933, si bien con demasiado sometimiento a la cultura Entre nosotros, Unamuno es el representante característico del liberalismo romántico e inadaptable.

sino limitada por la división y separación, al menos relativa, de los poderes, única forma de que pueda realizar el ideal liberal posible. Defendiendo esta organización decía en las Cortes de Cádiz Muñoz Torrero que un «Gobierno moderado» como el que ellos pretendían instaurar no podía pasar sin división de poderes, puesto que de lo contrario España quedaría convertida en una «democracia». Democracia y Estado de Derecho, en la mente de los legisladores de Cádiz, eran considerados, pues como cosas poco menos que antitéticas. Por lo demás, no quiere decirse con esto que el Estado de Derecho exija una determinada forma de gobierno: no es necesariamente la forma de la monarquía constitucional-parlamentaria, pues se adapta también a una república en la que se mantengan los principios de estructuración jurídica que son esenciales a todo Estado de Derecho, si bien conviene reconocer que una república moderna requiere que esos principios sean reconocidos acaso en mayor medida que en la misma monarquía constitucional, que es por esencia un sistema de equilibrio y contrapeso, mientras que la república significa el triunfo de la masa sobre los últimos restos del poder tradicional y, por tanto, tiende al absorcionismo.

El Estado de Derecho, en cuanto democracia liberal, se traduce en Estado (monárquico o republicano) «parlamentario». Una monarquía «meramente constitucional» deja aún amplio margen a la desconfianza: recuérdese la interpretación reaccionaria del constitucionalismo por la monarquía alemana, siguiendo las orientaciones de Stahl (1) y el sentido atribuído por algunos

(1) Heller, ob. cit., páginas 41-42: «El mayor servicio que Stahl prestó al monarquismo alemán fué la precisa distinción que estableció entre la monarquía constitucional y la parlamentaria. Esta diferencia era de gran importancia, porque, a pesar de que la monarquía parlamentaria era ya un hecho en Inglaterra y en Francia, su naturaleza no estaba aún bien determinada. Según la primitiva teoría de la división de los poderes, en el Estado constitucional se repartía el poder entre el monarca y la representación popular. La naturaleza del Estado es, sin embargo, una e indivisible y surgía el problema: ¿qué sucederá cuando el monarca y la mayoría del Parlamento estén en desacuerdo? A una práctica constitucional que se inclinaba del lado del Parlamento llamaba Stahl Revo-

al constitucionalismo español de la Restauración (1). En cambio, un Estado puramente parlamentario suprime esa desconfianza, puesto que significa el triunfo de la «sociedad» sobre el «Estado», es decir, la conversión de la sociedad en Estado de partidos; el Estado significa aquí, históricamente, la antigua organización monárquico-estamentaria, al paso que la sociedad está aquí significada por las nuevas fuerzas sociales que han derrocado el *ancien régime* y se han organizado en Estado racional (2). El Parlamento democráticamente elegido es la expresión tangible de ese triunfo de la sociedad sobre el Estado, organizándose ella misma en Estado de Derecho. El Parlamento es el escenario de la sociedad; es al mismo tiempo su reflejo (de ahí el carácter conservador y reaccionario del Senado, que es el resto del antiguo Estado), y un reflejo de las concepciones de la época. La sociedad, compuesta por individuos libres e iguales; la ley, norma general para garantizar la libertad de movimientos de la

lución; pues ésta tiene como exigencia la soberanía del pueblo, sea en una República democrática, sea en una monarquía en la cual el Rey es siervo del Parlamento y el Parlamento siervo de la opinión pública o de las masas populares Este Gobierno parlamentario contradice el principio monárquico y a él ha de oponerse la monarquía constitucional. Así fué Stahl el fundador de lo que después se llamó constitucionalismo monárquico específicamente alemán y a veces también absoluti-mo encubierto. El lema de esta forma de Estado dado por Stahl era: Autoridad, no mayoría».

(1) Así, por ejemplo, mientras los integristas lanzan sus diatribas contra el «liberalismo» de Cánovas, no faltando de entre ellos quien llega a ver en su asesinato por el anarquista Angiolillo la mano de la Providencia que «vengaba» de ese modo su defensa del célebre art. 11 de la Constitución de 1876, otros sectores del derechismo han destacado el sentido «tradicionalista» del «constitucionalismo» del insigne político de la Restauración.

(2) Cfs. Schmitt, *La defensa de la Constitución*, versión española, Labor, 1931, páginas 92 y siguientes. En el absolutismo la sociedad queda absorbida en el Estado; en el Estado de Derecho, la sociedad es el contrapeso del Estado, pero con la tendencia a absorber a su vez a éste; el tradicionalismo, con su distinción entre soberanía y autarquía (Gil Robles) o entre soberanía política y soberanía social (Vázquez de Mella) trata de armonizarlos y retener a uno y otro en su esfera natural.

sociedad. Por eso es también una conexión necesaria de sentido la que media entre la idea general del Estado de Derecho y la organización parlamentaria. El Parlamento es la representación de la democracia: es lo que se concede al *demos*, pero con una finalidad liberal. Esta finalidad, empero, no es impuesta, sino creída de antemano. Pues afirmada la creencia optimista en la razón (lo único de lo cual no se desconfía), la «discusión» y la «publicidad» son una consecuencia. La esencia del régimen parlamentario es precisamente la de ser un régimen de debate y libre discusión, un régimen en el que «la discusión sustituye a la fuerza» (1); y la creencia es tan fuerte que llega a afirmarse que «la peor de las Cámaras es preferible a la mejor de las antecámaras» (2). De aquí deriva también la concepción del «Estado de partidos»: los partidos son los sujetos de la discusión; de la discusión sale la verdad, es decir, la ley, y todos se someten a ella. Luego los partidos son considerados como estructuras aéreas e inconsistentes, por así decirlo, puesto que han de ir dispuestos a sacrificar sus puntos de vista ante la Razón y las razones del adversario. Tales son las conexiones sociológico-espirituales del Estado de Derecho. Es indudable que estos supuestos han desaparecido hoy, en gran parte, y por eso el Estado de Derecho se va convirtiendo paulatinamente en cosa vacía y formalista, por mucho que se perfeccione su organización. Es que la democracia, antes objeto de desconfianza como la monarquía y la aristocracia, y no reconocida más que como

(1) Cfs. Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 2. Aufl., 1926, pág. 9: «Diskussion bedeutet nicht einfach Verhandeln. Diskussion bedeutet einen Meinungsaustausch, der von dem Zweck beherrscht ist, den Gegner mit rationalen Argumenten von einer Wahrheit und Richtigkeit überzeugen zu lassen. Gentz—hierin noch von dem Liberalen Burke belehrt—formuliert es treffend: das Charakteristische aller Representatifverfassungen ist, dass die Gesetze aus einem Kampf der Meinungen (nicht aus einem Kampf der Interessen) hervorgehen. Zur Diskussion gehören gemeinsame Überzeugungen als Prämissen, Bereitwilligkeit, sich überzeugen zu lassen, Unabhängigkeit von parteimässiger Bindung, Unbefangenheit von egoistischen Interessen».

(2) Frase pronunciada por Cavour, cit. por Schmitt, ob. cit. pág. 12.

medio posible de realizar liberalismo, afirma hoy su primacía y domeña a la idea liberal.

Pero cabe pensar que hay en la idea del Estado de Derecho algo que ha de sobrevivir a su condicionalidad histórico-sociológica. El liberalismo contiene en verdad una sustancia eterna que permanece a través de sus interpretaciones históricas: nació como liberalismo burgués y en contacto íntimo con la democracia; si hoy siente ésta caprichos antiliberales y, de otra parte, se apunta ya el nuevo tipo de hombre que ha de sustituir al burgués, el liberalismo no necesita, sin embargo, morir necesariamente. ¿Por qué no había de existir un «liberalismo proletario»? Si el Derecho natural democrático ha exigido un Estado de Derecho en el que la burguesía gozase de plena libertad, seguridad y propiedad, ya ha hablado el sociólogo Vierkandt (1) de un «Derecho natural proletario» que ha de afirmar los derechos vitales de la clase trabajadora. Y, por encima de toda sociología, la idea del valor supremo de la persona, con su libertad y dignidad, valdrá siempre como un ideal absolutamente válido.

(1) *Der sittlich-geistige Gehalt des neueren Naturrechts*, Wien u. Leipzig, 1927.



EL CONFLICTO ENTRE LA MODERNA DEMOCRACIA Y EL ESTADO DE DERECHO

Ocurre que el Estado de Derecho, luchando contra dos enemigos: abiertamente contra el absolutismo monárquico, y más veladamente contra la democracia, comenzó por vencer al primero, pero acabó siendo derrotado por la última: y esto en virtud de una necesidad íntima. El Estado de Derecho, en la concepción genuina del mismo, ha sido un Estado «despersonalizado». En la doctrina, esta despersonalización arranca de Kant y culmina en Kelsen. Desde la definición del primero: el Estado es unión de hombres bajo leyes jurídicas, hasta la identificación kelseniana de Estado y orden jurídico, corre una línea evolutiva que atraviesa la árida región de la escuela jurídica del Derecho público alemán: Gerber, Laband, Jellinek (1). Y toda esta corriente marca una misma característica: la desconfianza del Estado (2). Los franceses, con su fino espíritu liberal, se esfuerzan por hacernos creer que los alemanes *identifient le droit et la*

(1) Cfs. acerca de esto Heller, *Die Souveränität*, 1928, páginas 17 y siguientes.

(2) Esta desconfianza se traduce en la degeneración del concepto de soberanía y en la despersonalización del Estado. Cfs.. Heller, *Souveränität* pág. 27: «Schon seit den Anfängen des neuzeitlichen Naturrechts läuft neben der idealistischen Idee eines ordre naturel die schliesslich in der Idee des universalen Rechtsgesetze mündet, paralell ein positivistisch gewendetes Ideal einer kausalgesetzlichen natürlichen Ordnung, der die Souveränität einer Staatsindividualität erst recht zuwider sein muss». Esta postura de desconfianza se advierte por igual en Duguit, al afirmar: l'Etat est mort, y en Harold J. Laski (cfs su obra *El Estado moderno*, Barcelona, Bosch, 1932).

force, pero aquí hay más apariencia que realidad; es verdad que el positivismo de la escuela jurídica caracteriza el Derecho por sus rasgos formales «puramente jurídicos» y no por sus elementos ético-materiales: pero la impersonalización del Estado que va implícita en esta teoría, aun cuando haga del Estado, en frase de Kelsen, *un Rey Midas que convierte en Derecho cuanto toca*, por muchas dificultades que esto suscite en el orden ético, implica al fin y al cabo la creencia en la primacía del orden jurídico: y el orden jurídico no puede ser fuerza ni arbitrio, y puede serlo, en cambio, el imperio de una voluntad. Así Kelsen, a quien Duguit ha tachado de panteísta jurídico (1), es considerado por Hold-Fernek (2) como «anarquista». Ciertamente que el maestro de la escuela vienesa ha sustituído el absolutismo del Estado por un absolutismo del orden jurídico, pero penetrando en su creencia política, se confirma nuestro juicio anterior: Kelsen cree en el Derecho y desconfía del Estado. Y todo el «formalismo» y todo el «absolutismo gnoseológico» del orden jurídico en que aquél desemboca se resuelve en realidad en el formalismo del Estado de Derecho, que afirma el imperio de la ley y desconfía del poder.

Pero como quiera que sea, el fenómeno actual es el de la antítesis, el del conflicto entre la democracia y el Estado de Derecho. Esto ha tenido lugar en dos direcciones: 1.ª, mediante

(1) Duguit, *Les doctrines juridiques objectivistes*, *Rev. Droit public.*; 1927, pág. 573: «Si l'on identifie l'Etat et le Droit, comme le fait Kelsen, il parait bien difficile d'établir une limitation de l'Etat par le droit et en effet je n'en ai pas trouvé de trace dans l'oeuvre considérable de Kelsen. Plus j'avence en âge et plus je reste convaincu que toutes les spéculations juridiques sont vaines si elles n'arrivent pas à déterminer d'une manière positive le fondement solide d'une limitation juridique apportèe à l'action de ceux qui dans une société donnée, individus, groupements, classes sociales, détiennet la plus grande force. Je ne comprends pas, je le répète, comment ce fondement peut être établi si le droit et l'Etat se confondent, si tout le droit est l'Etat, si est tout le droit. En un mot le *panthéisme juridique* de Kelsen jusqu'au preuve du contraire m'apparait comme la négation même du droit public».

(2) Hold-Ferneck, *Der Staat als Uebermensch*, Viena, 1926.

procesos sociológicos que han ido alterando el sentido de las instituciones del Estado de Derecho; 2.ª, apuntando la democracia tendencias dictatoriales. Antes de pasar adelante advierto que uso aquí la palabra democracia en sentido «sociológico»; me refiero no sólo al avance del «cuarto estado», cuya situación preeminente parece fatal después de la época de dominio del «tercer estado» («burguesía»), sino en general a todos los fenómenos de intervención de «masas» en dominios que antes le eran ajenos (así, por ejemplo, el fenómeno contemporáneo de los «partidos-masa»: socialistas, hitlerianos, fascistas, etc., que hoy constituyen efectivas fuerzas políticas). Pero renuncio a tener cuenta de las acepciones jurídicas de la democracia en cuanto forma de Estado: así Kelsen la considera como aquella forma política en la que los ciudadanos disponen del máximum de derechos subjetivos (por tanto, también del de elegir Jefe de Estado): pero este concepto revela precisamente una mentalidad liberal. La democracia en nuestro sentido es un fenómeno sociológico autónomo que se desenvuelve con arreglo a leyes propias. No se identifica con el Estado de Derecho: se halla con éste en la relación de forma y contenido. El Estado de Derecho es la forma; la democracia es, hoy, el contenido. Y el conflicto se plantea así: el Estado de Derecho se ideó como una forma jurídico-política para una realidad individualista, burguesa y carente de masas; desde el momento que hoy el fenómeno saliente es el del «lleno» (1), el de la «masa», el de la «comunidad», el Estado de Derecho ha perdido su sentido, no se adapta al nuevo contenido; éste tiende a desbordarlo y absorberlo. Al imperio impersonal de la ley sucede el imperio decidido de la «voluntad popular». Y esta voluntad es algo más que la vieja idea de la «voluntad de la nación» bajo la cual se comprendía exclusivamente la clase social que entonces daba el tono a la «sociedad»: la burguesía liberal e individualista; la voluntad popular es hoy la voluntad de los partidos, antes estructuras aéreas e inconsis-

(1) Véase, a este propósito, la bella obra de Ortega Gasset, *La rebelión de las masas*, Madrid, 1930

tentes y hoy potentes organismos con su complicada burocracia en muchos casos y su red de intereses; y es, en último término, la voluntad de una masa popular y proletaria que afirma sus reivindicaciones frente a la «sociedad» o «Estado» burgués. El fenómeno actual de la democracia es, pues, un fenómeno sociológico; pero era fatal que se produjese. A la voluntad muerta de la ley tenía que suceder la voluntad viva de un imperante (de un caudillo o de una masa): una comunidad política no es integrada por normas, sino por actos de voluntad; actos de voluntad, actos de imperio son los que mantienen unidos a los miembros de una comunidad (1). Por otra parte, el Derecho tiene un soporte social. En la concepción del Estado de Derecho, el soberano está también sometido a la ley: pero porque el soberano es el rey, es decir, un hombre. Pero el «pueblo-masa» recaba para sí la plena soberanía y se reserva el *pouvoir constituant*. Entonces la ley sigue imperando, en tanto que al *demos* no le plazca derribarla de su trono. El Derecho vigente sufre menoscabos en su reinado por revoluciones y subversiones. Claro que puede imperar pacíficamente en los períodos intermediarios entre dos revoluciones: pero esta cuestión tenía que producirse fatalmente y amenguar un tanto las ilusiones puestas en el reinado de la ley. Quizá para

(1) El «imperio de la ley» tiene sus límites naturales. A este propósito escribe Heller, *Europa und der Fascismus*, 1929, pág. 66: «Diese Gesetzesherrschaft hebt sich aber von selbst auf, sobald sie als entpersönlichte Nomokratie und nicht als Demokratie, als Herrschaft der gesetzlich bestellten Repräsentanten verstanden wird. Auch die Demokratie ist möglich nur als eine Hierarchie von herrschaftlichen Willensakte, die durch Rechtsgrundsätze und Rechtssätze motiviert, diese Normen ihrerseits zeitlich, örtlich und persönlich individualisieren. Herrschen kann immer nur den Mensch, und auch im übertragenen Sinn kann von einer rechtsstaatlichen Gesetzesherrschaft nur dort die Rede sein, wo die Gesetze, insbesondere das geschriebene oder ungeschriebene Verfassungsgesetz, durch Willensakte des Volkes in Geltung gesetzt und dauernd durch Willensakte in Geltung erhalten werden. Politische Gesetzesherrschaft ist eine im Rahmen von Gesetzen sich bewegende Willensherrschaft, ist normierte Macht oder sie ist gar nicht». Cfs. también Schmitt, *Verfassungslehre*. Sobre las diversas formas de «integración» de la comunidad, Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928.

zanjar esta dificultad cada revolución acabe por plasmar en un orden jurídico y proclame dogmáticamente «pecado» la rebelión contra él: pero no podrá evitar que un día surjan otras masas llenas de igual dogmatismo, pero a favor de una ideología contrapuesta. Por lo demás, el conflicto no se plantea sólo en estos casos-límite.

En primer lugar, el fenómeno sociológico de la democracia ha dado al traste con los supuestos liberales del Estado de Derecho: creencia en la discusión, régimen de partidos discutidores y dispuestos a someterse a la razón. Hay una crisis del racionalismo: se ha perdido la fe en la razón, pero independientemente de esta cuestión filosófica (1) hubiera bastado a desarraigarla la realidad social y política actual. Los partidos han dejado de ser estructuras inconsistentes para convertirse en poderosas organizaciones que son los verdaderos titulares del poder político. Los partidos tienen un programa «indiscutible», que va a imponerse, no a discutirse en el Parlamento, puesto que los Diputados son mandatarios de los partidos y no de la «nación». A los rebeldes a la disciplina partidista se les niega el agua y la sal. Cuando más, se buscan concesiones mutuas a los programas. Estos programas dividen a los ciudadanos hasta el punto que no hay ningún valor político reconocido como superior al logro del propio programa. Por tanto, en lugar de integración, la máxima desintegración. Es el caso de la Alemania democrática, desgarrada en su unidad espiritual por las luchas de las potentes organizaciones partidistas, sin punto posible de coincidencia: nada les une, nada les es común. De esta suerte, el Estado se convierte en un puro compromiso, en una transacción: el Centro católico alemán buscó primero la transacción con la social democracia y la intentó después con el nacionalsocialismo; y la perspicacia política de aquel partido ha estado en su clara visión de la naturaleza compromisaria y transaccional del moderno

(1) Cfs. Xirau, *El sentido de la verdad*, 1924, donde alude a la tendencia objetivista de la moderna filosofía (fenomenológica) y a la influencia rectificadora que esta nueva orientación del pensamiento puede ejercer en el desenfrenado subjetivismo político actual.

Estado de partidos-masa. No es que el moderno Estado busque un campo de convivencia para los ciudadanos, sino sólo en cuanto estos ciudadanos están afiliados a un partido: pues los partidos son las verdaderas fuerzas políticas (1). De este modo la discu-

(1) Acerca de los partidos hay copiosa bibliografía, que no hemos de indicar aquí. La posición típicamente liberal ha sido sostenida en España por Azcárate, quien dedicó a la materia uno de sus *Estudios filosófico-políticos*; contra esta concepción ha alzado sus voces el tradicionalismo representado, por ejemplo, por Gil Robles y Vázquez de Mella (este último con su conocida tesis de los «partidos circunstanciales»). Un corto, pero acertado estudio de los partidos políticos, desde el punto de vista sociológico, lo ofrece Sauer, en su *Filosofía jurídica y social*, 2.ª parte, capítulo II, § 28, III. Cfs. Schmitt, *La defensa de la Constitución*, página 105: «Los grandes partidos, en su mayoría, son actualmente estructuras, en parte dotadas de una firme organización y en parte plasmadas en un complejo social minuciosamente organizado, con burocracias influyentes, con un ejército permanente de funcionarios remunerados, con todo un sistema de organizaciones auxiliares y de socorro, a las cuales está ligada una clientela, espiritual, social y económicamente coherente. La extensión a todos los sectores de la existencia humana, la supresión de todas las barreras y neutralizaciones liberales de distintos sectores, como Religión, Economía y Cultura, en una palabra, lo que anteriormente fué señalado como transición a lo integral, está ya realizado en cierto modo para una parte de los ciudadanos, por algunos complejos sociales de organización, de manera que si no contamos ya con un Estado integral, tenemos por lo menos algunas estructuras de partido, que tienden a la integración que poseen contenido social y abarcan a sus hombres plenamente, desde la juventud: partidos, cada uno de los cuales, como dice Eduard Spranger, tiene un programa cultural completo, y cuya coexistencia informa y sustenta al Estado pluralista. En cuanto existen complejos de esta naturaleza con mayorías consecuentes que se mantienen dentro de ciertos límites, es decir, en cuanto existe un Estado pluralista de partidos, se impide que el Estado total, como tal Estado, se imponga con la misma violencia con que se ha impuesto en los llamados Estados de un sólo partido, como Rusia soviética e Italia». De excepcional interés para fijar esta evolución del concepto de partido político es la Sentencia del Tribunal de Justicia constitucional del Reich de 7 de Julio de 1928: «Para proceder ante el Tribunal de Justicia constitucional sólo pueden considerarse como partidos políticos aquellas asociaciones de personas en las cuales existe la posibilidad de que tengan una cierta trascendencia electoral. Los grupos que, de modo indudable,

sión desaparece en realidad: queda un «forcejeo», un «parlamentar» de los intereses y puntos de vista contrapuestos: compárense, por ejemplo, las discusiones de la Consti ución de Cádiz con la de la republicana de 1931: la primera se discutía en nombre de la «filosofía» y de «la razón»; para la segunda se han buscado «fórmulas de arreglo» entre los partidos mayoritarios (fórmula Alcalá Zamora acerca del concepto de «República de trabajadores»; fórmula de la minoría progresista para introducir en la Constitución las posibilidades autonomistas; fórmula Azaña sobre la cuestión religiosa, etc.); del mismo modo, la República española es hoy una transacción (pero sólo entre la izquierda republicana y el socialismo, no entre todos los posibles idearios políticos que, por lo menos, acatasen el régimen); y no la libre discusión y la razón, sino los acuerdos de las asambleas de los partidos son los árbitros de la situación política. De este modo, ¿cómo es posible contraponer y preferir ingenuamente la peor de las Cámaras a la mejor de las antecámaras? ¿Qué son las Cámaras actuales sino una inmensa antecámara de intereses económicos, de clase o simplemente partidistas? Pero frente a esta situación no cabe sino reconocerla en su realidad (1). La representación proporcional es el

no se hallen en situación de procurarse acceso a la representación nacional, es decir, aquellos cuya posibilidad de actuación política no resulta afectada por la estructura del derecho electoral. no se consideran como partidos en sentido parlamentario». Es un hecho indudable la consistencia sociológica que en la España actual van adquiriendo los partidos, si bien el escaso tiempo de práctica constitucional no permite la menor referencia al posible criterio que en este punto dominase, por ejemplo, en el Tribunal de Garantías constitucionales.

(1) Que esto sea un «mal» o un «bien» no puede resolverse de un modo definitivo. Sin duda, la existencia de partidos fuertes significa que no se ha logrado la integración política plena, e incluso puede significar una rémora para su consecución, pero puede constituir también en ciertos casos un excelente método de integración si los partidos saben supeditarse en un caso necesario a las exigencias del bien público. Desde el punto de vista de la integración, parece preferible el Estado de un solo partido; pero si bien la integración puede ser considerada como el valor político fundamental, no es el más alto valor en general, y por eso, desde el punto de vista ético, puede ser preferible en ciertos casos — en los que

triunfo del Estado de partidos, y una clara muestra de la irresistibilidad de esta tendencia sociológica: pues constituyendo, sin duda alguna, una exigencia de justicia, es la consagración de la desintegración pluralista del Estado (1).

En segundo lugar, a medida que los partidos aumentan en poder político y social, apuntan tendencias dictatoriales, hasta el punto de que las democracias tienden a convertirse en dictaduras. Los partidos aman la libre discusión en proporción inversa a su fuerza numérica. Una minoría insignificante tiende a discutirlo todo; una minoría numerosa busca fórmulas de transacción con las minorías afines, e imponen entre todas esta fórmula a los discrepantes minoritarios, sin discusión posible. En consecuencia, un Estado de partidos a base de transacciones entre las fuerzas parlamentarias mayoritarias tiende a la dictadura, de no estar

la individualidad podría ser ahogada—la existencia de un Estado pluralista de partidos. Por lo demás, los hechos sociales se desenvuelven con arreglo a una legalidad inmanente lo bastante enérgica para considerar inactuales otros intentos «tradicionalistas» de restauración orgánica de la sociedad, fuera de todo partido. Es hoy posible el Estado de un solo partido; no lo es un Estado sin partidos. Una organización política a base de estamentos o clases profesionales no haría más que desplazar a esas estructuras el centro de gravedad del pluralismo desintegrador. Por eso, algunos teóricos de la evolución política han visto en el moderno Estado de partidos el tránsito a una nueva organización feudal y estamentaria (así, M. J. Bonn, cit. por Schmitt, ob. cit. pág. 106). En este sentido no hay diferencia esencial entre el moderno Estado de partidos y el Estado feudal. Es puro romanticismo la idea organicista que cree posible hacer desaparecer por Decreto (o por el triunfo de un partido) todos los supuestos sociológico-espirituales en que descansa el actual Estado.

(1) Según Schmitt, *La defensa de la Constitución*, pág. 110, la representación proporcional altera totalmente los supuestos democráticos del Estado liberal. «No se trata ya ni siquiera de una «elección» en el sentido de la idea tradicional que tenemos de la elección de Diputados y representantes, sino, en realidad, de un proceso de naturaleza plebiscitaria. Lo que conocemos pues, como elección para el Reichstag o el Landtag presenta, por consiguiente, dos aspectos: de una parte es la mera comprobación estadística de la diversificación pluralista del Estado en varios complejos sociales sólidamente organizados, y de otra parte es una manifestación plebiscitaria».

impregnadas aquellas fuerzas de espíritu liberal y de sentido jurídico. Esto último es lo que ocurría en Alemania con la coalición católico-democrático-socialista, la cual, si bien tuvo que recurrir con frecuencia a medidas de excepción, nunca sobrepasó los límites jurídicos constitucionales, al paso que una coalición nacionalista y nacionalsocialista difícilmente hubiera sabido mantenerse dentro de aquellos límites (1). La esencia dictatorial de las democracias radica en estas dos características: 1.ª Frente al criterio liberal de neutralidad se afirma un criterio homogeneizador que, en cierto modo, se convierte en criterio oficial; así, por ejemplo, el laicismo deja de ser indiferencia del Estado ante lo religioso para convertirse en criterio positivamente antirreligioso; la escuela laica, por ejemplo, no se limita a prescindir de la enseñanza del catecismo, sino que requiere además «maestros laicos» que sean capaces de sustituir la idea religiosa por una idea humanitaria o evolucionista. En virtud de esto considero el art. 26 de la Constitución actual española como el artículo más democrático de la misma, a la par que el más antiliberal, precisamente porque ante la cuestión de la enseñanza no adopta un criterio de libertad, sino de «razón de Estado» y suprime la variedad que la libertad llevaría consigo por la homogeneización laicista que exige la voluntad popular triunfante con la República (o, mejor, con su Parlamento). 2.ª La coalición o mayoría gobernante se sienten representantes de una institución para cuya defensa todos los medios son lícitos: renace la argumentación de tipo biológico tan corriente en la defensa de todas las dictaduras (2). Por tanto, se desconocen los derechos del

(1) Este trabajo se redactó antes de la «revolución nacional» alemana; la realidad ha puesto de relieve hasta qué punto los límites han sido desbordados: se los ha suprimidos.

(2) Es típica a este respecto la teoría de la dictadura bellamente expuesta por Donoso Cortés en su célebre discurso parlamentario de 4 de Enero de 1849: «La vida social, como la vida humana, se compone de la acción y de la reacción, del flujo y del reflujo de ciertas fuerzas invasoras y de ciertas fuerzas resistentes. Esta es la vida social como ésta es también la vida humana. Pues bien, las fuerzas invasoras llamadas enfermedades en el cuerpo humano, y de otra manera en el cuerpo social, pero

adversario, y acaban por negarse los principios mismos del liberalismo: a la defensa de la institución se supedita todo. Naturalmente, sólo los que se mueven en la dirección de la mayoría no sufren la falta de libertad: sobre ellos no se ejerce dictadura; ésta recae sobre los demás. Estas notas son comunes a regímenes políticos diferentes, por lo cual, por lo mismo que destaco la esencia dictatorial de la moderna democracia de masas, he de hacer notar la esencia democrática de muchas dictaduras. La Italia fascista es para mí una democracia. No es, en cambio, un Estado de Derecho ni una democracia liberal. Pero, ¿por qué ha de negarse que constituya una democracia, sin más apelativos, si la inmensa mayoría de la población está fascistizada? Esa mayoría desconoce y ahoga a las minorías, pero esto sucede con frecuencia también en democracias que teóricamente se constituyen como Estados de Derecho y en la práctica actúan como dictaduras, desde el momento que públicamente reniegan del criterio liberal. Hay que romper con la creencia de que dictadura y democracia sean cosas antitéticas: más bien se requieren mutuamente.

siendo esencialmente la misma cosa, tienen dos estados: hay uno en que están derramadas por toda la sociedad en el que estas fuerzas invasoras están reconcentradas sólo en algunos individuos; hay otro estado agudísimo de enfermedad, en que se reconcentran más, y están representadas por asociaciones políticas. Pues bien, yo digo que no existiendo las fuerzas resistentes, lo mismo en el cuerpo humano que en el cuerpo social, sino para rechazar las fuerzas invasoras, tienen que proporcionarse necesariamente a su estado. Cuando las fuerzas invasoras están derramadas, las resistentes lo están también; lo están por el Gobierno, por las autoridades y por los Tribunales, y en una palabra, por todo e Cuerpo social; pero cuando las fuerzas invasoras se reconcentran en asociaciones políticas, entonces necesariamente, sin que nadie lo pueda impedir, sin que nadie tenga derecho a impedirlo, las fuerzas resistentes por sí mismas se reconcentran en una mano. Esta es la teoría clara, luminosa indestructible de la dictadura». Pero el nudo de la cuestión radica en que planteando la cuestión sólo en el aspecto biológico es cuestión de estimativa decidir cuáles son las fuerzas resistentes y cuáles las invasoras: toda fuerza invasora, una vez alcanzado el dominio político, puede apellidarse a sí misma «fuerza de resistencia» y echar mano del argumento biológico para aplastar al adversario.

La dictadura no se opone a la democracia, sino al liberalismo y al Estado de Derecho. La democracia tiende a la dictadura, y la dictadura requiere cuando menos el apoyo de amplias masas populares, si no es ejercida directamente por esa masa. Y no se olvide que a masa es, por esencia, antiliberal: la masa no discute, impone su criterio, y ni siquiera le interesa tener razón o dejar de tenerla. La irrupcción de las masas en la política es una de las causas (no la única) de la crisis del liberalismo; y ésta es la desgracia que nos aflige. Los que desde sus posiciones reaccionarias, cuando eran privilegiadas, hacían leña del árbol caído del liberalismo y asistían riendo a su entierro, son hoy los primeros en llorarlo cuando los acontecimientos los han privado de sus puestos preeminentes, desplazándolos por las jóvenes democracias de masas, antiliberales, antirracionalistas, llenas de ímpetu vital y de furor iconoclasta. Las masas se han rebelado, pero sólo quienes de algún modo hayan sabido apreciar que hay un valor eterno en la idea liberal pueden lamentarlo.

V

EL PROBLEMA DE LA «JURIDICIDAD»

La juridicidad, problema actual de un hondo sentido político cuyos matices más delicados escapan a muchos que se limitan a ironizar sobre esta «palabra de moda», puede ser entendida en varios sentidos. Cuando Kelsen elabora su teoría pura del Derecho desarraigándola de sus conexiones con la moral, la sociología y la política, lo que hace es construir una teoría de la juridicidad, es decir, de «lo jurídico puro» caracterizado por sus elementos formales: tal es el concepto *científico-formal* de la juridicidad; el Derecho es tal en virtud de sus elementos formales: las leyes son leyes jurídicas por ser constitucionales (entendiéndose la Constitución en sentido lógico-formal). Los enemigos del formalismo protestan de este concepto y buscan criterios materiales para la diferenciación de la juridicidad: el Derecho es tal en tanto que realiza la idea de Justicia, en tanto que está de acuerdo o no contradice al menos al «Derecho natural»; las leyes son «verdaderas leyes» si son justas y morales: es el criterio *científico-material* (ético) de la juridicidad (1). Pero hay un concepto *político-práctico* de la juridicidad, que es el que aquí nos interesa. Pedir un régimen de juridicidad equivale a pedir un régimen

(1) En este sentido, la juridicidad es diferente y aún algo opuesto a la constitucionalidad; cfs en este sentido el capítulo primero de la *Théorie de l'institution* de Renard, 1930, así como A. Mendizábal *El Derecho natural en la ciencia administrativa*, revista *Universidad*, 1931, y mi trabajo en la misma revista, 1932, *En torno al eterno problema del Derecho natural*; por lo demás, allí indico (en la nota final), en qué sentido los problemas de la juridicidad material pueden ser resueltos como problemas de «mera» constitucionalidad.

de constitucionalidad y, por tanto, un régimen de Estado de Derecho y de democracia liberal (puesto que el constitucionalismo no puede aún desprenderse de sus supuestos sociológico-espirituales). Esta actitud implica un entrecruce de las dos actitudes científicas primarias: está próxima a la primera en cuanto que, de hecho, el formalismo de las escuelas modernas del jurismo puro no es más que una proyección científica de la doctrina liberal del Estado de Derecho, bien que vaciada de sus elementos vivos ideales (1): así, la doctrina de Kelsen, enteramente orientada a la concepción del Estado jurídico; empero, en cuanto esta doctrina implica una excesiva formalización y sus cultivadores propugnan un concepto «formal» de Constitución, que resulta aplicable por igual a una manifestación de voluntad del déspota (2), la juridicidad exige algo de la segunda concepción: que esa Constitución sea precisamente de contenido liberal, es decir, que contenga determinados elementos materiales: la afirmación de los derechos individuales y su garantía por la organización del Estado en régimen de división de poderes. Por lo demás, la juridicidad es una actitud más bien formalista, pues partiendo del supuesto constitucional liberal se conforma con pedir para las leyes el requisito de su constitucionalidad, prescindiendo de descender a más concretos requisitos de contenido (de justicia, de moralidad, de conveniencia y utilidad, etc.). En cambio, la actitud ética frente a la juridicidad se aviene más bien

(1) La moderna doctrina se halla ya de acuerdo acerca de este punto. Heller *Die Souveränität*, I, considera que la doctrina kelseniana es el punto cumbre del proceso de degeneración y despersonalización del Estado, y su soberanía que se desenvuelve en toda la doctrina liberal del Estado de Derecho. Ya el jurista austriaco Tezner, en una recensión crítica de los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* de Kelsen, advirtió que el formalismo kelseniano se reducía al formalismo del Estado de Derecho

(2) La «Constitución», en este sentido, se limita a establecer un órgano primario, creador del Derecho. Cfs. Kelsen, *Compendio esquemático de Teoría general del Estado*, páginas 99-100. Kelsen gusta de formular así su norma fundamental: «compórtate como ordene el monarca (o el parlamento)».

con el paternalismo tutelador, enemigo de la abstracción de la ley y de su imperio, y cuidadoso preferentemente de la norma y decisión concretas, que es propio de los regímenes tradicionalistas o que se basan en una especie de «acción directa» (como el fascismo).

Un régimen de juridicidad implica, pues, los elementos siguientes: una Constitución, unas leyes sobre las que se ejerce el control jurisdiccional de su constitucionalidad y un Gobierno sometido a la ley y dotado, por tanto, de escasa «libertad de movimientos», porque las más mínimas de sus acciones están predeterminadas en la ley. Pero esa Constitución ha de tener un contenido mínimo de liberalismo: división de poderes y «libertad» (y consiguiente «igualdad») para hombres e ideas. Por tanto, el Gobierno ha de guardar un profundo «respeto» a todas las actividades ciudadanas, cualquiera que sea el color político, filosófico o religioso que las matice. No hay partidos ni doctrinas ilegales. Libertad dentro de la ley, cuyo único contenido es reconocer y establecer las garantías de esa libertad. Frente a este concepto liberal de la juridicidad cabe oponer un concepto político diverso (tradicionalista, fascista), cabe oponer a la «libertad» la «verdad» (1): lo que no es posible es un concepto puramente «democrático» de la juridicidad, es decir, encontrar jurídicamente correcto cuanto emana del Parlamento por el hecho de su origen democrático: semejante concepto, o es un desplazamiento ilegítimo del legítimo formalismo gnoseológico al orden político, o encubre (en la mayoría de los casos) una profunda hipocresía.

Todo esto es bello y viable en los períodos normales; no así en los períodos de excepción. Si se considera un bien la existencia de un Estado de Derecho y de una Constitución liberal, ¿no será preciso proceder «dictatorialmente» si esa Constitución y ese Estado está en peligro? ¿Será preferible garantizar la libertad

(1) Así, en un artículo periodístico (Diciembre 1932), el escritor José María Pemán, el cual señala el defecto de alardear de liberalismo en la oposición, aún por parte de quienes repugnan doctrinalmente el liberalismo político. Por eso propone como lema: Verdad, no libertad.

de quien conspira contra la libertad, a garantizar esa libertad misma? Entonces se hace prácticamente necesario recurrir al tipo de dictadura llamada por Schmitt (1) «comisaria», la cual consiste en suspender parcialmente la Constitución para salvar la totalidad de la misma. En términos políticos: en negar de momento la libertad de una parte de la población para salvar en el futuro la libertad de todos, que aquella parte, cuya libertad se niega, pretendía negar. Todavía más grave es el caso cuando no es una minoría, sino una mayoría, la que se opone a la libertad: entonces la libertad de las minorías es preferible a la de las mayorías. Desde el punto de vista filosófico esta solución no ofrece dificultades: se trata de sacrificar un elemento del Derecho positivo con el fin de asegurar el imperio de la idea del Derecho; es decir, la última instancia no es la libertad empírica de obrar de tal o cual modo, sino las finalidades a las que debe servir esa libertad: la salvaguardia de la persona como fin último. Pero desde el punto de vista puramente jurídico y político, la dificultad es mayor, puesto que aplicar el primer criterio significa precisamente destruir el otro supuesto en que descansa el Estado de Derecho, que es el principio de las mayorías; hay, pues, en el Estado de Derecho una contradicción íntima cuya solución es difícil. En verdad, se trata de un límite natural del formalismo. Ante una amenaza a la Constitución hay que actuar por acción o por omisión (2)—advirtiendo que la omisión en este caso es

(1) Cfs. su libro *Die Diktatur von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, 2. Aufl., 1928.

(2) Cfs. Schmitt, *Die Diktatur* y su apéndice acerca de las facultades «dictatoriales» del *Reichspräsident*. La transgresión de preceptos constitucionales es a veces una necesidad. «Von grösster Wichtigkeit für den Bestand des Rechtsstaates, escribe H. Heller, *Europa und der Faszismus*, páginas 66-67, ist die Bestätigung der Einsicht dass—von allen historisch nationalen Besonderheiten abgesehen—die verschiedenen Kategorien von Staatsakten nur in sehr verschiedenen Grade gesetzlich bindbar sind. Je individueller die politische Aufgabe, worunter hier auch der Richterspruch begriffen wird, desto geringer die Möglichkeit einer Bindung durch Gesetze, desto grösser, der Natur der Sache nach, die Ermessensfreiheit der entscheidenden Willensindividualität. Wird z. B. die Hand-

algo más que la mera desidia o inacción del poder—: en el primer caso, la Constitución se salva para el futuro; en el segundo, muere; ¿en cuál de los casos han quedado, empero, mejor salvados los principios informantes del Estado de Derecho? Optar por la segunda actitud mostraría la inanidad del liberalismo (su excepticismo) y de la juridicidad formal; hay que decidirse, por tanto, por la primera, y *defender dictatorialmente la libertad.* Sin embargo, la solución práctica a esta dificultad la decide el poder: y precisamente los regímenes liberales han mostrado una especial incapacidad de resistencia frente a las acometidas de la «voluntad popular», la cual puede ir en sentido más «avanzado» que el régimen que aspira a derrocar, pero que puede ser también el soporte de una «reacción» de tipo fascista o tradicionalista (1).

lungsfähigkeit der Executive über Gebühr gesetzlich beschränkt, sogibt es nur zwei Möglichkeiten, die beide über kurz oder lang zum Untergang des Rechtsstaates führen müssen: entweder die Executive respektiert die Gesetze und lässt der Staat zu Grunde gehen, oder sie respektiert den Staat und verletzt die Gesetze. Am klarsten wird die Bedeutung der individuellen Faktizität und Aktivität für die Möglichkeit einer positiven Normativität und Ausnahmezustand. Die Gesetzesherrschaft des Rechtsstaates kann so erheblich und durch so wenig voraussehbare, höchst individuelle Vorgänge in ihren Bestande bedroht sein, dass die rechtsstaatliche Verfassung nur noch gerettet werden kann durch höchst individuelle, ebenfalls nicht voraussehbare und deshalb nicht normierbare Willensakte, die zu dieser Rettung die Gesetze einschliesslich zahlreiche Verfassungsbestimmungen verletzen müssen, um die Geltung eben dieser Verfassung für die Zukunft su sichern». Pero la actitud típicamente liberal impone la total omisión: por eso es significativo el diálogo mantenido entre Azcárate y Pidal, cuando el primero decía al político conservador que éste podía, en virtud de sus ideas, fusilarle mientras que él, por su liberalismo, no podría intentar nada contra su adversario.

(1) Dice a este propósito Berdiaeff, *Un nouveau Moyen Age*, 1927, páginas 243-244: «La démocratie – nosotros diríamos: la democracia liberal—est indifférent à la direction et à l'essence de la volonté du peuple, elle ne dispose d'aucun critère ni pour juger de la direction dans laquelle s'exprime la volonté populaire ni pour définir la valeur de cette volonté. Le pouvoir populaire est dépourvu d'objectif, il n'est ordonné à aucun objet. La démocratie demeure indifférente au bien et au mal.

Y entonces se plantea el caso de mayor gravedad: todo un sistema jurídico es derrocado para instaurar uno nuevo. Aquí hay que distinguir dos problemas: primero, el valor de la juridicidad anterior; segundo, el de las «ausencias de juridicidad» en los períodos intermediarios y revolucionarios. El primer problema pertenece a la teoría pura del Derecho y acerca de él hemos de decir bien poco en este lugar. Aun los sistemas más formalistas reconocen que el Derecho no puede subsistir sin un mínimum de eficacia (Kelsen), sin una base sociológica, sin un apoyo en la voluntad social; en el momento que un régimen jurídico pierde esa base sociológica, deja de subsistir como tal régimen jurídico y es reemplazado por uno nuevo. La teoría pura del Derecho tiene que buscar el medio de comprender jurídicamente el hecho revolucionario, y supone una norma de orden internacional que considera la revolución como uno de tantos «procedimientos» de creación de orden jurídico estatal; se dirá que esa solución implica una capitulación de la teoría ante los hechos consumados, pero en realidad no se arguye nada con esta objeción en contra del argumento, salvo únicamente si se pretende convertir éste en instancia y solución definitiva; ante la razón y la filosofía, toda revolución y todo hecho han de presentar sus títulos justificativos; pero lo mismo ha de hacer todo sistema jurídico por muy regular que haya sido el procedimiento de su creación. Pero el problema que aquí más interesa es el segundo, el de las ausencias de juridicidad. Una revolución es incompatible con un orden jurídico formal. Si este orden jurídico es creado, no obstante, su validez es meramente abstracta, carece de la validez jurídica concreta, no es «judicialmente aplicado» en toda su extensión, sino solamente en sus postulados revolucionarios: de momento rigen

Elle est tolérante, parce que elle est indifférente, parce qu'elle a perdu la foi en la Vérité, parce qu'elle est impuissante à élire une vérité. La démocratie est sceptique, elle provient d'un siècle sceptique, d'un siècle sans foi, lorsque les peuples ont perdu les fermes critères de la Vérité et sont impuissantes à confesser n'importe quelle vérité absolue. La démocratie, c'est le relativisme extremé, la négation de tout ce qui est absolue».

«leyes de excepción». La base jurídica creada por la República española es aún en estos momentos algo puramente teórico: incluso desde el punto de vista jurídico formal hay que reconocer que la Constitución real de España ha sido la ley de Defensa de la República, que es un caso de contradicción de textos legales resuelta por el mismo legislador suprimiendo temporalmente el texto de la Constitución propiamente dicha. En verdad, nos hallamos aquí ante una antinomia casi insoluble. De un lado, voluntad popular enérgica, impulso vital, resentimiento contra el pasado, afirmación de ideas e intereses porveniristas; de otro, trabas legales que coartan el impulso de esa voluntad y garantizan los derechos e intereses del pasado y del adversario. La contienda se decide casi siempre a favor del futuro. Pero la juridicidad sufre entonces sus crisis más dolorosas.

A este propósito ha escrito Marañón palabras que son significativas. «La juridicidad dice, es un artificio infinitamente respetable, porque sin él la vida normal se convertiría en arbitrariedad desbordada y continua. Pero como obra humana que es, la juridicidad es también o acaba por serlo al cabo de algún tiempo, en cierto modo, arbitrariedad. Por eso en la vida de los pueblos hay momentos en que si no se les librase de la camisa de fuerza de la juridicidad se paralizarían. Es el momento más crítico de la historia de cada nación. El gobernante tiene entonces que decidirse a sustituir, aun cuando sea temporalmente, las fuerzas coercitivas legales, a saltar por encima de la juridicidad; y esto precisamente cuando el pueblo está más agitado, cuando más grita y forcejea. Se corre el peligro evidente de que la masa popular, libre de sus restricciones habituales, no deje títere con cabeza. Sólo la sagaz experiencia, y más que ésta el instinto —rector, irreemplazable, en la política—, acierta con el momento de la operación para producir la paradoja de que la calma y no el desafuero siga al olvido momentáneo de la juridicidad. Los médicos de locos saben, cuando son buenos, que a veces nada aplaca el frenesí de los delirantes como el dejarlos en libertad completa. También lo saben los maestros y los padres frente a ciertos niños rebeldes. Y, en verdad, nada se parece tanto en

estos momentos a los pueblos como los locos o los niños. Lo cierto es que sin estas fugas oportunas y breves de la juridicidad habitual el progreso se anularía» (1). Pero lo evidente es que la fuga de la juridicidad habitual no constituye progreso más que si significa el tránsito a un régimen más valioso. El valor puede ser considerado aquí desde puntos de vista diferentes, pero advirtamos que un mero progreso político puede ser triste cosa si no va acompañado de la posibilidad al menos de un efectivo progreso cultural (es decir, de las varias ramas de la cultura: religión, moral, ciencia, arte, técnica) (2). Una democracia es sin duda un progreso sobre la dictadura, pero ese progreso es algo puramente vacío y formal si no se traduce en un efectivo progreso jurídico, social y cultural, en el sentido estricto de la palabra. Y si el cambio se ha realizado por vía revolucionaria, la revolución carecerá de todo valor histórico si no crea una nueva Cultura o, cuando menos, una nueva Filosofía social (3). Tampoco puede hablarse, por lo demás, de verdadero progreso político, si el cambio no se traduce en un aumento efectivo de la libertad personal, y esto no en sentido meramente empírico, sino en el respeto que en general merece la persona al poder. Y precisamente lo que ocurre en esas fugas *oportunas y breves*, que no

(1) *Revolución, hombres nuevos y juridicidad*, prólogo a un libro de Fernando Valera. Publicado en «El Sol», Octubre de 1932.

(2) Todas las revoluciones muestran un pomposo anhelo cultural; pero con frecuencia este anhelo no sólo es contrarrestado por la negación y aún destrucción del patrimonio cultural tradicional, sino que aún en ese anhelo hay mucho de engañoso, traduciéndose en una inversión de categorías: el «medio» es elevado a «fin»; se derraman por el país «instrumentos de cultura» (escuelas, bibliotecas...); pero no preocupa el sentido ni la orientación definitiva de esos medios. Y, en definitiva, no se produce verdadera cultura si los medios no son orientados rectamente, es decir, si se convierten en vehículos de las esencias destructoras de los fundamentos en que descansa la civilización europea

(3) Esto echan en falta algunos intelectuales españoles, como Unamuno, cuando se preguntaba en un artículo periodístico qué cultura iba a crear la revolución o «revolunciocita» española, y Ortega y Gasset al asegurar que la actual República se nutre de tópicos del siglo XIX usados recoger en toda Europa.

siempre son breves ni oportunas, de la juridicidad habitual es todo lo contrario: una exaltación del «régimen» y un desprecio del hombre: se santifica la Revolución en el revolucionario, pero no en cuanto hombre, sino en cuanto revolucionario; por eso se oprime al adversario. Marañón confunde el prescindir del régimen jurídico anterior para instaurar uno nuevo con la arbitrariedad del Gobierno una vez instaurado éste. En el primer sentido, es una sabia medida huir de la juridicidad, de la anterior, si el régimen pierde su base sociológica de voluntad social; en el segundo caso se trata de saber si el valor «Revolución» es preferible al valor «persona» y, en definitiva, si a la sociedad es aplicable en esos momentos una argumentación de tipo biológico o si hay que atenerse a la calidad moral de sus miembros. Pues las instituciones surgidas por vía revolucionaria (o reaccionaria) tienden a la defensa biológica con desprecio absoluto de la ética: en defensa del régimen es lícito todo; se está en «pie de guerra»: es el jacobinismo en acción. Claro que esa defensa es perfectamente lícita dentro de ciertos límites; y aun cuando la dificultad práctica está precisamente en determinar cuáles son esos límites, cabe afirmar por modo general que es inético el aniquilamiento del adversario, el cual, como hombre, es portador de un valor superior a todas las instituciones. En este sentido ha de salvaguardarse la juridicidad incluso cuando ha sido legítimo prescindir de la «juridicidad habitual», es decir, del régimen jurídico anterior, puesto que sólo se trata de sustituir, oportuna y brevemente, la juridicidad formal positiva por la juridicidad representada por los principios de justicia ideal (1). Y estos principios

(1) Ninguna revolución se justifica en sí misma, sino por su intención de crear un orden jurídico mejor, por lo cual presupone o la ausencia de todo orden jurídico o la existencia de un orden jurídico injusto o ineficaz En ese sentido, toda revolución posee un valor ético. Más, por lo mismo una revolución que no crea un orden jurídico formal o que prescinde de todo criterio ideal jurídico, encarna un disvalor, un «no deber ser». Acerca de esto, puede consultarse el libro del profesor Herrfahrdt, *Revolución y ciencia del Derecho*, versión castellana del profesor A. Polo, Madrid Ed. Rev. de Derecho privado, 1932, que es el estudio más completo sobre la materia. Una revolución que prescinde de

son el límite natural de la actuación de todo poder en las ausencias de juridicidad, ya por tratarse de un período intermediario jurídicamente vacío, ya sea que un poder no pueda hacer frente,

toda juridicidad, no puede ni merece lograr el acatamiento de quienes no han participado en ella; solamente las normas de Derecho son «obligatorias». Y no todas las normas dictadas poi el poder revolucionario son «jurídicas». Herrfahrdt, ob. cit., páginas 131-132, distingue a este respecto entre normas jurídicas y normas de orden, que merecen un cierto acatamiento (en cuanto mal menor), pero que todavía no son jurídicas: «Si se quiere vivir sobre un terreno seguro, es tan fuerte de un lado la necesidad de establecer un orden reconocido firme y universal mente como obligatorio, como resulta imposible admitir por otro, para todo aquél que ha tenido con el antiguo poder político una unión íntima, que de la obra del violador del Derecho pueda originarse un Derecho nuevo. Quizá la simple consideración con vistas a la práctica jurídica, diga que las exigencias del orden y la seguridad jurídica, el estado de necesidad político, requieren que sea prestada obediencia a las disposiciones del nuevo poder; por esto, dichas disposiciones son consideradas como normas jurídicas, aún cuando el sentimiento jurídico se resista a ello. Pero este sentimiento es demasiado importante para sacrificarlo al interés de la simple formación clara y científica del concepto. Es preciso desprenderse del prejuicio de que sólo las normas jurídicas pueden servir de base a la Jurisprudencia. Quizá podamos encontrar una solución en la distinción entre normas jurídicas y simples normas de orden, entre poder jurídico y poder de orden. Las exigencias de la seguridad jurídica quedan satisfechas con este último: para el Juez no son menos obligatorias las normas de orden que las normas jurídicas. En general, la necesidad de la distinción entre normas jurídicas y normas de orden, sólo se presenta en el terreno político. Las disposiciones aisladas, emanadas de un poder ilegítimo, en tanto no lleven intrínsecamente el sello de un dominio de clases manifiesto, sino que en igual o análoga forma hubieran podido proceder de un poder político legítimo, se funden rápidamente con el antiguo sistema político y llegan a estimarse también como normas jurídicas dotadas de valor». Sin embargo, las normas de orden implican ya una cierta intención jurídica: así por ejemplo, la propia ley de Reforma agraria con la expropiación sin indemnización de las tierras de la aristocracia; pero si el Poder prescinde en absoluto de todo criterio jurídico y viola incluso sus propios preceptos, entonces, consecuentemente con el criterio de Stammler para determinar su concepto del Derecho, hay que afirmar que no es el Derecho lo que impera, sino justamente el «poder arbitrario», al cual ningún acatamiento se le debe.

con las normas jurídicas positivas actualmente, a circunstancias excepcionales que requieren rápida actuación. Con ese límite, puede prescindirse sin escrúpulo de la juridicidad habitual: pues la idea del Derecho queda entonces mejor realizada que con el Derecho positivo. Sobrepasado ese límite, el calificativo es este: se trata, fundamentalmente, de una perversión, puesto que se ha invertido la escala de valores. Todo absolutismo tiende a esta inversión, no sólo el poder personal, sino también la masa actuando en plan de «dictadura soberana» (1), que es el caso típico de la «democracia antiliberal». En este último caso tenemos una faceta más del conflicto entre la democracia y el liberalismo, del cual es traducción la juridicidad en cualquiera de sus sentidos (2). Pero como en la práctica el conflicto ha de resolverse de algún modo, la fórmula de salvación puede ser esta: «liberalismo autoritario» (3).

(1) El Parlamento constituyente español, como «dictador soberano», ha tendido con frecuencia a esta inversión, dándose cuenta de su Poder absoluto. Pero hay que reconocer en honor suyo que también a veces ha sabido someterse a los dictados de la juridicidad, como al señalar el procedimiento para sustanciar el proceso por las responsabilidades del golpe de Estado; pero en la mayoría de las veces se somete más bien a una justicia ideal interpretada con criterio partidista-socializante.

(2 Por esta razón, la crisis del liberalismo proclamada tácitamente en las esferas oficiales, va acompañada de una crisis de la juridicidad, a la que se contraponen las «necesidades de la revolución» y la «defensa del régimen».

(3) Cfs. el interesante artículo de Heller, *Autoritärer Liberalismus?*, en la *Neue Rondschau*, Marzo de 1933.

VI

PARA LA FILOSOFIA DEL LIBERALISMO, DE LA DEMOCRACIA Y DE LA DICTADURA (TEOLOGIA POLITICA)

Señalábamos la antinomia íntima que hay en el fondo de la actitud liberal frente al Estado de Derecho y a la juridicidad. En tanto que todo esto se traduce en una organización «democrática»—el Estado de Derecho es democracia liberal y parlamentaria—, se impone un previo acatamiento a la voluntad popular; pero, ¿qué ocurre si esa voluntad popular decide acabar con toda democracia, con todo liberalismo y, en definitiva, consigo misma como fuerza política? Puede ser que el hombre «liberal y demócrata» acate el resultado que da frutos de antidemocracia y antiliberalismo: entonces el liberalismo y la democracia son algo tan pobre que admiten la posibilidad de convertirse en medios de su autosupresión. Al contrario, es posible que ese mismo hombre se rebele contra la voluntad del pueblo en nombre de la democracia y el liberalismo; pero, ¿no consistían éstos en organizar un régimen político a base de voluntad popular? Cualquiera solución es necesariamente ilógica. En la historia se han resuelto variamente estos conflictos. También en este punto se revela la diversidad de actitudes liberal y democrática y, en este sentido, la esencia dictatorial de la democracia. Por lo general, los hombres liberales han tenido poca fe en sus destinos, y con facilidad han transigido con el régimen que mejor ha garantizado sus intereses de clase: es el caso de la burguesía *liberal* alemana, cuya tibieza hubo de ser acremente combatida por Lassalle, y que en su última forma de organización, el partido populista alemán, aparece (después de la muerte de Stressemann) convertida en apoyo de

la política Hindenburg-von Papen (1). Algo análogo podía decirse del liberalismo español; por eso las masas han abandonado los partidos liberales y se afilian a los partidos radicalmente democráticos de izquierda o derecha (socialismo, radical socialismo, nacionalsocialismo, fascismo; democracia sociológica); a diferencia de los liberales, los demócratas (aun los puramente demócratas de izquierda) poseen una fe más viva, creen en un ideal, en su ideal, y tratan de imponerlo: por eso son dictatoriales o revolucionarios. En el fondo, se trata de una actitud idéntica, quedando sólo exceptuadas las dictaduras de matiz reaccionario-tradicionalista, como las de Primo de Rivera y von Papen, las cuales, por lo mismo, viven de precario, pues les falta una masa, una «democracia en sentido sociológico» que las apoye. Los liberales son escépticos; los demócratas, creyentes: tal es la diferencia fundamental. Esta oposición de actitudes no es más que el reflejo de la antítesis entre *escepticismo* y *absolutismo gnoseo lógico y axiológico*. Hay una mutua condicionalidad sociológica entre estas actitudes intelectual y política. El escéptico es relativista: por eso está dispuesto a someterse en todo momento a la «verdad relativa» manifestada por la voluntad popular. En cambio, quien admite la posibilidad de conocer verdades y valores absolutos tratará de imponerlos, dictatorialmente, en la vida: por eso se rebelará si es preciso contra la voluntad popular o contra la del detentador actual del poder. Así, pues, parece hallar una confirmación la tesis tradicionalista, tal como en España la ha formulado con singular relieve Donoso Cortés: entre catolicismo y liberalismo no puede haber punto posible de contacto, pues justamente se basa el liberalismo en la discusión, porque nada cree, y el católico se somete a la infalibilidad de la Iglesia, cuyos dogmas se imponen indiscutiblemente (2). Y no se busque un

(1) Ultimamente, casi todas las organizaciones del partido ingresaron espontáneamente en el nacional-socialismo.

(2) Cfs el célebre *Ensayo sobre el liberalismo, catolicismo y socialismo*, 1851, pág. 7: «Si todo se explica en Dios y por Dios y la Teología es la ciencia de Dios, en quien y por quien todo se explica, la Teología es la ciencia de todo... La ciencia política, la ciencia social no existen, sino

subterfugio pensando que la política nada iene que ver con la religión, pues precisamente la inversa es la verdad: «en el fondo de toda cuestión política late una cuestión teológica» (1). También en la política hay verdades indiscutibles proclamadas por la infalibilidad de la Iglesia. Es interesante el paralelo que establece Donoso entre el desarrollo de las concepciones políticas y las formas del pensamiento religioso. La civilización atraviesa dos fases: una fase afirmativa, católica, de progreso, y otra fase negativa, de decadencia, revolucionaria. En cada una de estas fases hay una serie de afirmaciones y negaciones de índole religiosa a las que corresponden negaciones y afirmaciones de orden político, En la primera fase se afirma; 1.°, hay un Dios que está en todas partes; 2.°, ese Dios que está en todas partes domina de un modo absoluto en el cielo y en la tierra; 3.°, ese Dios no sólo domina en el cielo y en la tierra, sino que dirige con su pro-

en calidad de clasificaciones arbitrarias del entendimiento humano». En otro lugar afirma: «La Iglesia representa la naturaleza humana sin pecado, tal como salió de las manos de Dios, llena de justicia original y de gracia santificante: por eso es infalible y por eso no está sujeta a muerte. Síguese de aquí que sólo la Iglesia tiene el derecho de afirmar y de negar, y que no hay derecho fuera de ella para afirmar lo que ella niega ni para negar lo que ella afirma» (*Ensayo*, páginas 41-42).

(1) Dice Donoso: «Posee la verdad política el que conoce las leyes a que están sujetos los Gobiernos; posee la verdad social el que conoce las leyes a que están sujetas las sociedades humanas; conoce estas leyes el que conoce a Dios; conoce a Dios el que oye lo que El afirma de sí, y cree lo mismo que oye. De donde se sigue, que toda afirmación relativa a la sociedad o al Gobierno supone una afirmación relativa a Dios; o lo, que es lo mismo. que toda verdad política o social se convierte forzosamente en una verdad teológica» (*Ensayo*, pág. 7. Lo mismo ha afirmado, aun cuando no desde el punto de vista del dogmatismo sino del de la sociología de los conceptos jurídicos, Carl Schmitt, en su escrito *Politische Theologie*, 1922, pág. 37: «Alle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre sind säkularisierte theologische Begriffe. Nicht nur ihrer Entwicklung nach weil sie aus der Theologie auf die Staatslehre übertragen wurden, sondern auch in ihrer systematischen Struktur, deren Erkenntnis notwendig ist für eine soziologische Betrachtung dieser Begriffe. Der Ausnahmezustand hat für die Jurisprudenz eine analoge Bedeutung wie das Wunder für die Theologie. Erst in dem Bewusstsein

videncia las cosas divinas y humanas; a estas tres proposiciones religiosas corresponden estas afirmaciones políticas: 1.ª, hay un rey que está en todas partes por medio de sus agentes; 2.ª, ese rey reina sobre sus súbditos; 3.ª, ese rey no sólo reina sobre sus súbditos, sino que además los gobierna. En los períodos revolucionarios, por el contrario, se dan las correspondientes negaciones: 1.ª, el deísta dice: hay un Dios que está sobre el mundo, pero que no tiene la menor intervención en él; del mismo modo dice el progresista: el rey reina, pero no gobierna; 2.ª, el panteísta afirma la existencia de un Dios, pero le niega el carácter personal: Dios es la Humanidad; el republicano afirma también el poder político, pero niega el poder personal: el poder radica en el pueblo; el sufragio es el único medio de gobierno, y la república la única forma legítima de Estado; 3.ª, finalmente, el ateo niega a Dios del mismo modo que Proudhon (símbolo del anarquismo) niega el Estado y su poder (1).

solcher analogen Stellung lässt sich die Entwicklung erkennen, welche die staatsphilosophische Ideen in den letzten Jahrhunderten genommen haben. Denn die Idee des modernen Rechtsstaates setzten sich mit dem Deismus durch, mit einer Theologie und Metaphysik die das Wunder aus der Welt verweist und die im Begriff des Wunders enthaltene, durch einen unmittelbaren Eingriff eine Ausnahmezustand statuierende Durchbrechung der Naturgesetze ebenso ablehnt wie den unmittelbaren Eingriff des Souveräns in die geltende Rechtsordnung. Der Rationalismus der Aufklärung verwarf den Ausnahmefall in jeder Form. Die theistische Ueberzeugung der konservativen Schrifteller der Gegenrevolutión konnte daher versuchen, mit Analogien aus einer theistischen Theologie die persönliche Souverännität des Monarchen ideologisch zu stützen».

(1) Discurso pronunciado el 30 de Enero de 1850. Cfs. Schmitt, *Pol. Theologie*, pág. 40: «... Die gegenrevolutionären Schrifsteller erklarten die politischen Wandlungen aus einer Anderung der Weltanschauung und führten die fränzösische Revolution auf die Philosophie der Aufklärung zurück. Es war nur eine klare Antithese, wenn radikale Revolutionäre umgekehrt die Anderung im Denken der Anderung in den politischen und sozialen Verhältnissen zurechneten. Schon in den zwanziger Jahren des 19 Jahrhunderts war es ein in Westeuropa, besonders in Frankreich, verbreitetes Dogma, dass religiöse, philosophische, künstlerische und literarische Anderungen mit politischen und sozialen Zuständen eng usammenhängen. In der marxistischen Geschichtsphilosophie ist dieser

Tiene el mérito Donoso de haberse anticipado con su «Teología política» a otras concepciones europeas de última hora que, desde puntos de vista diferentes, vienen más o menos a confirmar sus tesis (1). También Kelsen ha puesto en parangón la Teología y la Jurisprudencia afirmando que a la era crítico-panteísta corresponde, en la ciencia jurídica, su teoría pura del Derecho que resuelve el Estado en el Derecho, suprime el concepto metafísico (metajurídico) del Estado y toda traza de sobrenaturalismo político (el «milagro jurídico», la «Encarnación» del Estado de Derecho, etc.). Para Donoso, como para Kelsen, al absolutismo teísta corresponde un orden jurídico precario, sometido en todo momento a las decisiones del poder soberano que está por encima de ese orden, puesto que es su creador; en cambio, al Dios inactivo de los teístas corresponde el «reinado de la ley» (de la ley natural como de la ley jurídica), a la que todo soberano está sometido; Kelsen recuerda que según un teólogo protestante (2), el concepto de lo divino evoluciona al compás

Zusammenhang ins Ökonomische radikalisiert und systematisch ernst genommen, indem auch für die politischen und sozialen Änderungen ein Zurechnungspunkt gesucht und im Ökonomischen gefunden wird. Diese materialistische Erklärung macht eine isolierte Betrachtung ideologischer Konsequenz unmöglich, weil sie überall nur Reflexe, Spiegelungen, Verkleidungen ökonomischer Beziehungen sieht, also konsequent mit psychologischen Erklärungen, Deutungen und, wenigstens in ihrer vulgären Fassung, mit Verdächtigungen arbeitet. Gerade wegen ihres massiven Rationalismus kann sie aber leicht in eine irrationalistische Geschichtsauffassung umschlagen, weil sie aller Denken als Funktion und Emanation vitaler Vorgänge auffasst. Der anarcho-syndikalistische Sozialismus von Georges Sorel hat auf diese Weise Bergsons Lebensphilosophie mit der ökonomische Geschichtsauffassung von Marx zu verbinden gewusst».

(1) No sólo en todo el tradicionalismo español—Gil Robles, Vázquez de Mella, a excepción de Balmes, el cual más bien acentuaba la separación de lo político y lo religioso—y en el moderno pensamiento europeo católico o contrarrevolucionario—Maritain, Berdiaeff—, sino desde el punto de vista de la sociología de los conceptos, en doctrinas alemanas cual las de Schmitt, Sander y Kelsen.

(2) A. L'Houet, *Der absolute, konstitutionelle und republicanische Gott*, en *Religion und Geisteskultur*, Jahrgang V, páginas 69 y siguientes:

de las ideas políticas y que por eso Dios se va convirtiendo paulatinamente en «un Dios constitucional y aun republicano». Hemos visto que la esencia política del constitucionalismo parlamentario es la discusión: esto es una conexión sociológica necesaria, habiendo visto certeramente Donoso que la burguesía es una clase «eternamente discutidora». Donoso veía ahí un motivo de desprecio, puesto que la discusión estaba dando al traste con el buen sentido de los pueblos, y revela de un modo terminante la ignorancia del liberalismo en las cuestiones fundamentales. Pero Kelsen justifica filosóficamente la discusión desde su punto de vista «relativista»: «Quien aspire a fundamentar la antítesis de las formas de Estado en una concepción del mundo, habrá de reconocer que la actitud básica que postula la democracia y el parlamentarismo democrático no puede ser metafísico-absolutista, sino crítico-relativista. Como quiera que el punto de partida del relativismo filosófico es la imposibilidad de conocer una verdad absoluta o un valor absoluto y, en este sentido, no puede reclamar para ninguna opinión una validez única, excluyente y, por así decirlo, dictatorial, sino que más bien se siente inclinado a reconocer como posible al menos la opinión contrapuesta, se ve impulsado fatalmente a practicar el método dialéctico que desenvuelve primeramente la tesis y la antítesis para buscar luego, como compensación, un camino intermedio entre los dos opuestos puntos de vista, de tal modo que ninguno de los dos es íntegramente aceptado, sin reservas y con negación completa del otro. Y, en rigor, ¿qué es todo esto sino el mismo método que

«Gott war einst absolut und ist im Laufe der Jahrhunderte immer konstitutioneller geworden. Der Gott der mittelalterlichen Theologie ist an nichts gebunden, nicht einmal an die Gesetze der Logik (sic!). Die Unberechenbarkeit ist seine charakteristiche, seine oberste Eigenschat! Gott ist ex lex! Aber der Gott der modernen Theologie müsste sich Schritt für Schritt wie alle modernen Könige eine Konstitution gefallen lassen. An alle Dinge, an die er früher nicht gebunden war, an die wurde er gebunden. . Das Gottesbild wurde, wie jedesmal ein Abbild seiner Zeit. Der Himmel wurde zum Abbild der jeweiligen Zeit» (cit. por Kelsen, *Der juristische und der soziologische Stastsbegriff*, pág. 228, Anm. 2).

practica el parlamentarismo democrático reconociendo los derechos de las minorías y manejando la dialéctica con miras al logro de una transacción entre las fuerzas políticas opuestas? Los enemigos del parlamentarismo invocan a menudo la dictadura; pero quien proceda consecuentemente no puede pedirla más que si está poseído de la íntima creencia de que su dictador ha llegado, por misteriosa manera, a la posesión de una verdad absoluta (que nadie sabe en qué consiste) o de un valor absoluto (que nadie sabe cómo se le pueda intuir). Pues sólo frente a este Absoluto—que es tanto como decir frente a la Divinidad—puede exigirse aquella obediencia ciega y confiada, aquella renuncia desinteresada a la autodeterminación, en la que consiste la esen. cia de toda dictadura. Y sin la creencia de la masa en el poder y misión divina del dictador no hay dictadura que pueda sostenerse a la larga contra el impulso irresistible a la libertad» (1). Donoso basaba en otros argumentos la dictadura, pero por darse cuenta de que había desaparecido de las masas y de los mismos

(1) *Das Problem des Parlamentarismus*, páginas 40-42 Cfs Berdiaeff, *Un nouveau Moyen Age* páginas 244 245: «La démocratie ignore la vérité. c'est pourquoi elle abandonne la dècouverte de la vérité au sufrage de la majorité. Il n'est possible de reconnaître le pouvoir quantitatif, de vénérer le suffrage de la multitude qu'à la condition de ne pas avoir foi en la vérité, d'ignorer la vérité. Celui qui a fois en la vérité, et qui connaît la vérité ne l'abandonnera pas au violences de la majorité quantitative. La démocratie a toujours un caractére séculèr, elle est opposée à toute société de type sacré. et la société fondée sur la vérité ne peut être uns société exclusivement sèculiére. Démocratie sèculiére veut dire séparation d'avec les bases ontologiques de la société, scission de la société humaine et de la vérité. Elle tende à organiser la société au point de vue politique, comme s'il n'éxistait pas de vérité. C'est l'hypothèse essentielle de la démocratie pure. Et c'est en cela que rèside la mensonge primitif de l'idée de la démocratie L'autoaffirmation humaniste de l'homme est à la base de l'idée démocratique. La volonté humaine doit diriger les sociétés humaines. et il faut ècarter tout ce qui gêne l'expression de cette volonté humaine et sa domination absolue. C'est la une négation de toutes les assises spirituelles de la société plus profondes que l'expression formelle de la volonté humaine. et un bouleversement de toute la tructure hiérarchique de la société. La démocratie est un psychologisme opposé à tout ontologisme .

reyes la creencia en la fundamentación trascendente del poder, pensaba que el tiempo de las monarquías tocaba a su fin (1).

Kelsen, pues, viene a dar la razón a Donoso, y sus coincidencias son tanto mayores cuanto más dispares son sus posiciones políticas. Ambos plantean el problema con un rigor lógico impecable y proceden con ejemplar consecuencia cada uno desde su punto de vista. El odio y el desprecio que Donoso siente por la razón (la cual, según él, siente por la verdad una repugnancia invencible y posee, en cambio, con el error un parentesco estrechísimo) es el *pendant* del excepticismo kelseniano, con su falta de ideales trascendentes, con su despersonalización del Estado, con su formalismo, con su primacía del orden jurídico. Donoso es consecuente con su creencia metafísico-religioso-absolutista: él cree en verdades y valores absolutos de los que la Iglesia es depositaria, y por eso odia el parlamentarismo, el liberalismo y la burguesía que en nada creen, y siente, en cambio, una cierta veneración ante la magnitud «satánica» del socialismo

(1) Acerca de esto cfs. Schmitt, *Politische Theologie*, páginas 45-46: «Von dieser Art ideengeschichtlicher Betrachtung aus gesehen zeigt die staatstheoretische Entwicklung des 19. Jahrhunderts zwei charakteristische Momente: die Beseitigung aller theistischen und transzendenten Vorstellungen und die Bildung eines neuen Legitimitätsbegriffes. Der überlieferte Legitimitätsbegriff verliert offenbar alle Evidenz Weder die privatrechtlich-patrimoniale Fassung der Restaurationszeit, noch die Fundierung an ein gefuhlmässiges, pietätvolles Attachement halten diese Entwicklung stand. Die letzte systematische Gestaltung einer theistischen Staatslehre ist Stahls Rechtsphilosophie Seit 1848 wird die Staatsrechtslehre positiv und verbirgt gewöhnlich hinter diesen Wort ihre Verlegenheit, oder aber sie gründet in den verschiedensten Umschreibungen alle Gewalt auf den pouvoir constituant des Volkes, das heisst die Stelle des monarchistischen tritt der demokratische Legitimitätsgedanke. Es ist daher ein Vorgang von unermesslicher Bedeutung, dass eine der grössten Repräsentanten dezionistischen Denkens und ein katholischer Staatsphilosoph, der sich mit grossartigen Radikalismus des metaphysischen Kernes aller Politik bewusst war, Donoso Cortés, im Anblick der Revolution von 1848 zu den Erkenntnis kam, dass die Epoche des Royalismus zu Ende ist. Es gibt keinen Royalismus mehr, weil es keine Könige mehr gibt. Es gibt daher auch keine Legitimität im überlieferten Sinne. Demnach bleibt für ihn nur ein Resultat: die Diktatur».

que, al menos, posee una Teología que opone a la Teología católica (1); por eso espera que las fuerzas del bien y del mal aplasten a la burguesía discutidora y, enfrentándose, llegue el momento de las «afirmaciones soberanas» y de las «negaciones radicales» (2). El punto de vista de Kelsen confirma el de Donoso, puesto que no creyendo aquél como éste en verdades ni valores absolutos, siendo escéptico y relativista, se decide precisamente por la democracia: de la discusión parlamentaria no saldrá nunca «la verdad», pero puede salir una «verdad relativa», un «compromiso» o «transacción»: y en esto consiste justamente la democracia. De modo que el Parlamento no es ya para Kelsen, como en la primitiva doctrina liberal, el escenario político en el que la Razón pronuncia su última palabra: es, simplemente, un

(1) Cfs Schmitt, *Politische Theolo ie*, páginas 54-55: «Diktatur ist der Gegensatz zu Diskussion. Es gehört zum Dezisionismus der Geisterart von Donoso, immer den extremen Fall anzunehmen, das jüngste Gericht zu erwarten. Darum verachtet er die Liberalen, während er den atheistisch-anarchistischen Sozialismus als seinen Todfeind respektiert und ihn eine diabolische Grösse gibt. In Proudhon glaub er einen Dämon zu sehen. Proudhon hat darüber gelacht und unter Anspielung auf die Inquisition, als fühle er sich schon auf dem Scheiterhaufen, Cortés zugerufen: allume! Aber der Satanismus dieser Zeit war doch keine beiläufige Paradoxie, sondern ein starkes, intellektuelles Prinzip. Sein literarischer Ausdruc ist die Thronerhebung des Satans, des Père adoptif de ceux qu'en sa noire colère, du paradis terrestre a chassés Dieu le pére, und des Brudermörders Kain, während Abel der Bourgeois ist chauffant son ventre à son foyer patriarcal. Race de Cain, au ciel monte, Et sur la terre jette Dieu! (Baudelaire)»

(2) Cfs. el *Ensayo*, páginas 200 201: «El supremo interés de esa escuela (la liberal), está en que no llegue el día de las negaciones radicales o de las afirmaciones soberanas. Y para que no llegue, por medio de la discusión confunde todas las nociones y propaga el escepticismo, sabiendo como sabe, que un pueblo que oye perpetuamente en boca de sus sofistas el pro y el contra de todo, acaba por no saber a qué atenerse, y por preguntarse a sí propio si la verdad y el error, lo justo y lo injusto, lo torpe y lo honesto, son cosas contrarias entre sí, o si son una misma cosa bajo puntos de vista diferentes. Este período angustioso, por mucho que dure, es siempre breve; el hombre ha nacido para obrar, y la discusión perpetua contradice a la natura eza humana, siendo como es enemiga de las obras».

«instrumento técnico-social de producción de orden jurídico estatal» (1).

Observemos a todo esto lo siguiente: en primer lugar, no es del todo exacto decir con Kelsen que la democracia sea un compromiso; mejor sería decir que «debería serlo». La concepción de Kelsen es típicamente liberal: el liberalismo político sí que es un compromiso de fuerzas políticas opuestas; la moderna democracia, fenómeno sociológico de masas, no lo es. De hecho, la democracia no aspira a compensaciones y transacciones, sino a imponer un criterio homogéneo (2); no respeta a las minorías: tiende a absorberlas (3). Claro que la democracia se encuentra a

(1) *Das Problem des Parlamentarismus*, pág. 10.

(2) Contra la tesis kelseniana de la democracia como compromiso, véase el libro de Mons. Seipel, *Der Kampf um die österreichische Verfassung*, 1929. Heller, *Europa und der Faszismus*, pág. 8, ve en esta homogeneidad una condición de la libertad: «Je weniger Gemeinschaftsgehalte Regierende und Regierte verbinden, desto stärker wird auch noch das Bewusstsein der Unfreiheit und der Ungleichheit». Acertadamente escribe Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, páginas 13-14: «Jede wirkliche Demokratie beruht darauf, dass nicht nur Gleiches gleich, sondern, mit unvermeidlicher Konsequenz, das Nichtgleiche nicht gleich behandelt wird. Zur Demokratie gehört also notwendig erstens Homogenität und zweitens—nötigensfalls die Ausscheidung oder Vernichtung des Heterogenen. Zur Illustrierung dieses Satzes sei mit einem Wort an zwei verscheidene Beispiele moderner Demokratien erinnert: an die heutige Türkei mit ihrer radikalen Aussiedlung der Griechen und ihrer rücksichtslosen Türkisierung des Landes —und an das australische Gemeinwesen das durch Einwanderungsgesetzgebung Unerwünschten Zuzug fernhält und, wie andere Dominions, nur solche Einwandere zulässt, die dem right type of settler entsprechen. Die politische Kraft einer Demokratie zeigt sich darin, dass sie das Fremde und Ungleiche, die Homogenität Bedrohende zu beseitigen oder fernzuhalten weiss. Bei der Frage der Gleichheit handelt es sich nämlich nicht um abstrakte, logischarithmetische Spielereien, sondern um die Substanz der Gleichheit».

(3) Cfs. Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heut. Parlamentarismus*, páginas 18-19: «Die Gleichheit aller Menschen als Menschen ist nicht Demokratie sondern eine Art Liberalismos, nicht Staatsform sondern individualistisch-humanitäre Moral und Weltanschuung. Auf der unklaren Verbindung beider beruht die moderne Massendemokratie.

veces detenida en su marcha ascendente por la resistencia de esas minorías las cuales encarnan, circunstancialmente, la idea liberal (por eso se dice que el liberalismo es «virtud de oposición»). En consecuencia, no es cierto que tras la ideología democrática se dé necesariamente el relativismo; pero, sin duda, la burguesía liberal es relativista y escéptica. Y esto se debe a que la idea liberal pura tiene un contenido escaso: afirma pura y simplemente el valor superior de la persona con su dignidad y su libertad: pero no dice nada acerca de los modos de organización de la defensa de esa libertad. El criterio organizador lo ha suministrado precisamente la democracia; y aun cuando el liberal no dude acerca de la verdad de la Libertad, vacila en los criterios de organización política y tiende a conformarse, si no es además decidido demócrata, con poca cosa, quizá sólo con apariencias y afirmaciones teóricas. En cambio, al demócrata puro le interesa precisamente la «organización», la cual puede ponerse en ciertos momentos al servicio de ideales no precisamente liberales, y

Trotz aller Beschäftigung mit Rousseau und trotz der richtigen Erkenntnis, dass Rousseau am Anfang der modernen Massendemokratie steht, scheint man noch nicht bemerkt zu haben, dass schon die Staatskonstruktion des Contrat social diese beiden verschiedenen Elemente inkohärent nebeneinander enthält. Die Fassade ist liberal: Begründung der Rechtsmässigkeit des Staates auf freien Vertrag. Aber in weitem Verlauf der Darstellung und bei der Entwicklung des wesentlichen Begriffs, der volonté générale, zeigt sich, dass der wahrer Staat nach Rousseau nur existiert, wo das Volk so homogen ist, dass im Wesentlichen Einstimmigkeit herrscht». La obra de protección a las minorías emprendida por la Sociedad de Naciones es más bien «liberal» que «democrática»; por eso decía un día el Sr. Azaña, que no es liberal, en tono más o menos humorístico, pero que sin duda respondía a una íntima convicción muy de acuerdo con su ideología, que las minorías desaparecerían con el tiempo, por absorción. Y en el fondo «su política», se mueve en el sentido de la democracia de masas. Su irónica muletilla ¡que le vamos a hacer!, puesta como estrambote a la imposición del criterio gubernamental frente al criterio de las oposiciones parlamentarias, es el símbolo de la ideología encarnada en el Sr. Azaña, que eleva a éste del plano de vulgaridad en que se han movido tantos otros hombres del régimen antiguo y del actual. Puede verse esta ideología recopilada en su libro, *Una política (1930-1932)*, Madrid, 1932.

que, en todo caso, trata de imponer. La República española es el triunfo de la democracia: ¿podría decirse que sus hombres más representativos—lo más alejados del liberalismo, del cual han renegado oficialmente—son «escépticos y relativistas»? (1). Un liberal, aun cuando sea republicano, puede ser escéptico con relación a la República y preferir la Libertad; pero un mero republicano prescinde de la Libertad y se queda con la República y su mística republicana. Y la República es cosa mucho más concreta que la Libertad. ¿Dónde empieza y dónde acaba ésta? ¿No hay cuestiones que las creíamos de libertad y han sido declaradas de «razón de Estado»?

Por otra parte, la antítesis entre tradicionalismo y relativismo es más relativa de lo que a primera vista parece. Hay mucho de espejismo en ese querer fundamentar las más nimias cuestiones prácticas de la política en la especulación teológica. El liberalismo como «personalismo» en la Filosofía de los valores y de la cultura haría mal en ignorar la Teología; pero el liberalismo, como doctrina jurídica de la organización política, debe ignorarla. En ese terreno no se trata de definir dogmáticamente la verdad, sino de conceder beligerancia al error ajeno para lograr la libertad de la verdad propia: véase, pues, que no hace siquiera falta plantear la cuestión como problema de ignorancia o simple escepticismo. Por lo demás, Donoso era acaso más escéptico de

(1) ¡Cuán lejos está el Sr. Azaña de ser un escéptico de la República! Por eso ha sido una acertada visión la del escritor Sr. Pemán, en el artículo periodístico ya citado, al decir: «Yo no me indigno de la ley de Defensa de la República; yo deploro que su técnica de energía y de poder no esté elaborada en defensa de la vida y de la verdad de España... Cuando veamos al Sr. Azaña golpear su pupitre de dictador y marchar, atropellándolo todo, tras su fin, en vez de formular frente a él, distingos y escrúpulos liberaloides, digamos: «¡qué bello estilo y qué segura técnica, para una política arrollodora, al servicio de la verdad de España!» A pesar de todo, estimamos preferibles estas otras palabras de Balmes, que tampoco era escéptico ni relativista: «Si en algo cabe tolerancia es de seguro en política: cuando se combate al adversario, es necesario no olvidar la indulgencia; pues que por nuestra parte, bien pronto nos veremos precisados a pedírsela». (*La Sociedad*, vol. I, Barcelona, 1843, página 49).

lo que él mismo pensaba. Cuando se reniega del todo de la razón es porque no se tiene en ella ninguna confianza: refugiarse entonces en la «autoridad» y creer ciegamente en ella y sólo en ella, es un caso de pesimismo vital (1) y, en el fondo, una ilusión; todo se reduce a un «querer creer», a un desplazamiento de la inteligencia por la voluntad. En cambio, el relativismo absoluto tampoco existe: aquí se trata de un «no querer creer», pero Kelsen cree en su teoría pura del Derecho, y cree en la bondad de la democracia y del parlamentarismo democrático; es decir, cree absolutamente en su propio relativismo. Y Kelsen y Donoso parecen haber sufrido el engaño de creer que la cuestión es, efectivamente, de «verdad» y de «valor» absolutos, ignorando lo que en política influye a menudo con mayor energía: el «mito». Y el mito es la confirmación del *relativismo*, que informa muchas *dictaduras* y *democracias dictatoriales*. En la Teología política esas dictaduras y democracias representan el estadio mitológico (2): la «nación» de Mussolini, el «tercer imperio» de

(1) Por eso decía en una de sus cartas al «Heraldo», 1842: «Sin la fe, no sé qué es la verdad y no comprendo sino el escepticismo». Este razonamiento poco difiere, formalmente, del de un Dorado Montero, que era también un pesimista radical: «La inteligencia, fuente del Derecho natural, nos hace escépticos y egoístas, irreductiblemente antisolidarios. Sólo la imposición, la fuerza, la renuncia al criterio propio para seguir el ajeno, nos vuelve creyentes, nos da calor, entusiasmo e ingenuidad». (*El Derecho y sus sacerdotes*, cfs., especialmente párrafos 41 y 42).

(2) Cfs. Heller, *Rechtsstaat oder Diktatur?* 1930, pág. 13: «Dieser Neo Feudalismus entwickelt als sein arcanum imperii eine ganze Mythologie. Der rationalistischen Dieseitserlösung durch Vergesetzlichung des Lebens, dem Gesetz ohne Individualität stellt er die Geniereligion der Individualität ohne Gesetz entgegen. Statt der Sekurität und Notwendigkeit, preist er das Abenteuer und die Gefahr, die bestimmungslose Freiheit und das Wunder. Zur Bekämpfung der ratio erfindet er die irratio und ist bereit alles Vernunftwidrige zu bewundern, nicht trotzdem, sondern eben weil es absurd ist. Unfähig, die soziologische Situation geistig und sittlich-politisch zu bewältigen, wird sein höchster Glaubensartikel die Gewalt an sich, die Gewalt als Selbstzweck. Der Philosophie des unpersönlichen Gesetzes tritt er mit seiner Philosophie des individuellen Tat um der Tat willen, mit seinen Idealismus des Aktes entgegen. Nun ist aber diese ästhetisierende Religion der Gewalttat nur der starken

Hitler no son ideas, no son, por tanto, «verdades»: son simplemente *mitos*. Y el mito—son palabras del Duce italiano—no necesita ser verdad; basta que despierte entusiasmo y mueva a la acción.

Y de este relativismo conscientemente elevado a una categoría absoluta no se desprenden consecuencias de democracia liberal, sino precisamente dictatoriales. En cambio, aun admitida la existencia ontológica de verdades absolutas, puede adoptarse una actitud liberal. El reconocimiento de la verdad es un valor superior al reconocimiento del error, pero en la vida real la libertad del error es un valor preferible al dogmatismo oficial, que puede en muchas ocasiones acabar con la libertad de la verdad. Se impone, pues, destacar los valores latentes en el liberalismo, romper con el escepticismo que le acompaña, hacer posibles nuevos «creyentes» del liberalismo.

Seele des Herrenmenschen erträglich. Die Schwachmütigkeit der Herde bedarf einer besonderen Mithenbildung, welche die gähnende Leere jener Religion verhüllen soll». También en el dominio del anarco-sindicalismo ha desarrollado Georges Sorel una mitología que contrapone a la democracia dictatorial, como la jacobina o la socialista.(tipos de dictadura racionalista). Cfs., Schmitt, *Die geistesgeschichtl. Lage des heut. Parlamentarismus*, pág. 89: «Die Theorie von Mythus ist der stärkste Ausdruck dafür, dass der relative Rationalismus des parlamentarischen Denkens seine Evidenz verloren hat. Wenn anarchistischen Autoren aus Feindschaft gegen Autorität und Einheit die Bedeutung des Mytischen entdeckten, so haben sie doch, ohne es zu wollen, an der Grundlage einer neuen Autorität, eines neuen Gefühls für Ordnung, Disziplin und Hierarchie mitgearbeitet. Freilich, die ideelle Gefahr derartiger Irrationalitäten ist gross. Letzte, wenigstens in einigen Resten noch bestehende Zusammengehörigkeiten werden aufgehoben in dem Pluralismus einer unabsehbaren Zahl von Mythen; für die politische Theologie ist das Polyteismus, wie jeder Mythus politheistisch ist. Aber als gegenwärtige starken Tendenz kann man es nicht ignorieren.»

VII

EL «DESTINO TRAGICO» DEL ESTADO DE DERECHO

Pero la dificultad radica precisamente ahí. Por de pronto, el solo planteamiento del problema, ¿no implica ya dar la razón a los que proclaman la «crisis» del liberalismo? Precisa distinguir: el «liberalismo burgués», ese ideario y esa actitud concreta de las mentes burguesas y antisociales del siglo XIX, puede darse por periclitado; pero la idea misma del «personalismo», la afirmación de la persona como un valor anterior y superior a todo Estado, a toda Iglesia y a toda Cultura (1) es una idea eterna: es, justamente, la sustancia del «Derecho natural». En otro lugar he afirmado (2) que el Derecho natural no es negado radicalmente más que allí donde impera este principio: que no hay libertad fuera del Estado ni contra el Estado, sino sólo dentro del Estado, y este principio se traduce en una organización política. El liberalismo que actualmente podemos admitir aún coincide, pues, con lo que hay de admisible eternamente en el Derecho natural. En este sentido es idea del Derecho e ideal válido para el futuro. Teóricamente, esa idea liberal puede ser

(1) Acerca de esto véase Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl. 1932 (a quien corresponde el mérito de haber planteado el tema de un modo sistemático); Mayer, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. 1926; Bind *Philosophie des Rechtes*, 1925; Recaséns Siches, *Adiciones* a la Filosofía de Derecho de Del Vecchio y *En torno al subsuelo filosófico de las ideologías políticas*, 1928; Renard, *Théorie de l'institution. Essai d'Ontologie juridique*, 1930; Sauer, *Lehrbuch der Rechts-und Sozialphilosophie*, 1929, así como mi *Prólogo* a la traducción de dicha obra (*Filosofía jurídica y social*, Barcelona, Labor, 1933).

(2) *En torno al eterno problema del Derecho natural*, en revista *Universidad*, núm. 3, 1932.

realizada a través de regímenes políticos diferentes: en la realidad actual del mundo civilizado sólo el Estado liberal de Derecho puede realizarla con garantías. Ninguna de las formas políticas que apuntan con pretensiones de validez porvenirista puede ofrecer esas garantías; el fascismo y el nacionalismo, el bolchevismo y las democracias revolucionarias hacen de la persona un valor utilitario, un medio al servicio del «régimen». Por tanto, el régimen mismo del Estado de Derecho que, a la inversa de los restantes, se pone al servicio de la persona, se eleva a la esfera de la validez ideal. Pero ahí radica su destino trágico. La antinomia que antes señalábamos renace aquí nuevamente. ¿Es lícito proceder contra la libertad en nombre de la libertad? ¿Habrá, por el contrario, que imponer dictatorialmente la libertad? Si el Estado de Derecho exige una organización democrática y ésta se basa en la «voluntad popular», ¿con qué derecho se puede proceder contra esa voluntad, si ésta decide un régimen contrario a la libertad y a la democracia jurídica? Es el caso bien significativo de la Alemania de Brünning teniendo que recurrir de continuo a medidas «constitucionales» de «excepción» con objeto de salvaguardar el régimen jurídico instaurado en Weimar de las acometidas de sus enemigos, que ya hoy son mayoría. Contra una dictadura minoritaria cabe aún oponer «el pueblo»; pero, ¿qué puede oponer contra el pueblo el Estado de Derecho en propia defensa si no es su propia negación? Por eso, desde el punto de vista sociológico es inactual el Estado de Derecho, pues se van perdiendo sus supuestos sociológico-espirituales (1). Por otra parte, como el contenido jurídico-político del Estado de Derecho es más amplio que el contenido de la idea liberal pura, hay también dificultades para conceder a aquél el valor que se reconoce a ésta. Pues, ¿puede ser un ideal la eterna discusión, el eterno respeto al adversario? ¿No es la posesión de una verdad común un valor superior al desgarramiento espiritual de la comunidad política? En tanto que haya adversarios e ideas diferentes de las nuestras será un valor el respeto y la discusión

(1) Véase atrás, Sociología del Estado de Derecho.

liberal: pero siempre será un valor preferible la unidad. En la idea liberal pura (personalista) puede haber un valor absoluto; pero en el Estado de Derecho no puede haber más que un valor relativo, algo simplemente «preferible» (en las condiciones actuales de la vida política y cultural) a otras formas de organización de la convivencia. Pero enfocándolo hacia el futuro, el Estado de Derecho no tiene valor más que en tanto que puede ser considerado como *instrumento de su propia superación*. Ya se habla de un «Estado de Derecho nacional» (1). Pero la dificultad del problema requiere apuntar más hondo. Lo que hace hoy sociológicamente imposible el Estado de Derecho es la tendencia dictatorial de las masas (organizadas, por ejemplo, en partidos fuertes): quieren acabar con la discusión «imponiendo» sus puntos de vista. Quieren anticipar el día de las «negaciones radicales» y de las «afirmaciones soberanas». Frente a esto, y situándose no en el plano metafísico, sino en el de las realidades actuales, hay que afirmar el valor de la discusión, puesto que ninguna de las ideas o mitos en boga, cuyos representantes más vociferan y gesticulan, posee un valor lo bastante «evidente» para que nos sea impuesto sin discusión. ¿Cómo conceder un valor de evidencia al racismo que persigue al judío, con la ilusión de mantener la pureza biológica del tipo nórdico? Pero el ideal no es que la vida constituya una discusión eterna, sino que un día salga la luz de esa discusión, y acaben entonces las discrepancias que hoy nos desgarran, y pierda sentido, por tanto, el supuesto de esa cosa concreta que hoy vivimos, que llamamos «Estado de Derecho».

(1) Cfs. Otto Koellreutter, *Der nationale Rechtsstaat. Zum Wandel der deutschen Staatsidee*, en *Recht und Staat*, H. 89, 1932. Acerca de este libro ha escrito Sauer (*Arch. für Rechts— u. Wirtschaftspilosophie*. Bd. XXVI, H. 1, pág. 89): «Die Tendenz sicht der Verfasser nicht in einer Abwendung vom Rechtsstaat —das würde zum Bolschewismus führen— sondern in einer Ausweitung des gezeichneten Liberalismus zum nationalen Rechtsstaat. In rechtsphilosophischer Sprache bedeutet diese Wendung eine stärkere Betonung des Inhalts gegenüber der Form, die Erfassung der kulturell überlieferten und kulturell noch zu schaffende Kräfte und Werte des Volkes, so wie eine Annäherung an das ihm entsprechende Sachgebilde: die Nation als kulturelle Wertgmeinschaft.»

No se tome a la letra esta creencia en los resultados de la discusión: no queremos caer en un optimismo racionalista completamente demodado; no pretendemos decir sino que es preciso que la «evidencia» de la verdad política se imponga en un régimen de libertad. Una vez que ello se logre será posible que el liberalismo se realice en un régimen diferente del actual, un régimen que realice una integración política más perfecta que la realizada por el Estado liberal de Derecho (1): no será una integración meramente «funcional» (dialéctica de los opuestos: discusión), sino efectivamente positiva, basada en la posesión de verdades y valores comunes. Viviremos acaso una «nueva Edad Media» (2).

(1) Cfs. acerca de esto Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, el cual distingue entre los tipos formales de integración (personal y funcional) y la integración material por valores. Este tipo es, sin duda, el tipo más perfecto de integración y, en este sentido, el ideal. «Die Realisierung aller ideellen Sinngehalte setzt Gemeinschaft voraus, und wiederum steigert, bereichert, festigt, ja begründet sie diese Gemeinschaft. Man kann von einer Sozialität des Sinnerlebens und insbesondere von einer Werkgemeinschaft der Kultur sprenchen. Die Werte führen ein reales Leben nur vermöge der sie erlebenden und verwirklichenden Gemeinschaft Umgekehrt lebt aber auch die Gemeinschaft von den Werten: wenn schon der Einzelmensch zur geistigen Persönlichkeit nur wird, im geistigen Sinne nur lebt, vorhanden ist durch Wertverwirklichung, so vollends alle Kollektivwesen, denen ja das Ansich psychophysischer Lebenswirklichkeit fehlt». (Smed, ob. cit., pág 45). Por esto, Kelsen que se atiene a su formalismo, que es un reflejo de la mentalidad formalista del Estado de Derecho, ha criticado la teoría de la integración de Smend (cfs. su libro *Der Staat als Integration*, 1930), en la que advierte una ideología conservadora y antirrepublicana. Acerca de la imposibilidad práctica del «Estado integral» o «totalitario», ideal de moda, cfs las acertadas explicaciones de Heller, *Autoritärer Liberalismus? Neue Rundschau*, Marzo, 1933.

(2) La característica de ese período ha de consistir según Berdiaeff, en la existencia de un Estado de tipo confesional y sagrado, superación del Estado de Derecho democrático y liberal. El Estado soviético es ya un anticipo de esa nueva Edad Media. «La société et l'Etat socialistes appartiennent à un type confessional et sacré, non pas séculier ni profane. Dans un Etat socialiste, il existe un fois, une croyance dominante, et ceux qui embrassent cette religión dominante doivent avoir de droits privilégiés. Cet Etat n'est point indifférent à l'égard de la foi, comme un

Pero este optimismo no cabe extenderlo a todo el mundo; no es posible pensar en esa «comunidad cultural de toda la Humanipad» de que habla Sauer (1), siendo más probable que se desplace al orden internacional la desintegración política que hoy desgarra los Estados modernos. Dentro de cada Estado, el triunfo ha de decidirse a favor o en contra de la persona y su libertad. Pero es difícil que dentro de la Humanidad pueda reinar idéntica armonía; más bien aparecerá dividida en dos mundos irreductibles: de un lado, personalismo liberal y cristiano; de otro, triunfo de la masa, despersonalización, deificación neopagana del Estado y, en definitiva, tiranía incluso sobre la propia masa. Tal vez Roma y Moscú, que ya hoy son símbolos, lleguen a ser la síntesis de las dos únicas realidades políticas de la Humanidad futura.

Por eso es trágico el destino del Estado de Derecho; en la realidad es inactual, pero como las fuerzas que lo combaten son menos valiosas que lo que él representa, se eleva precisamente a la categoría de ideal; pero tampoco puede ser un ideal sino en tanto que, *por sus propios medios*, está destinado a desaparecer. El valor del Estado de Derecho es el de su tragedia: suprimirse a sí propio. En eso consiste su grandeza y su miseria.

Etat liberal-démocratique, il décr... sa vérité et il y contraint para la force. Ceux qui ne reconnaissent pas la foi socialiste doivent être mis dans une situation analogue à celle des juifs dans les anciennes sociétés théocratiques chrétiènnes. L'Etat socialiste confessionel prétend être un Etat sacré, bèni par la grace, non point de Dieu, mais du diable, en tout cas une grace» (*Un nouveau Moyen Age*, pág. 261). Es decir, en la nueva Edad media imperarán de un lado, las afirmaciones soberanas; de otro, las negaciones radicales Cfr. Landsberg, *La Edad Media y nosotros*, versión española de la *Rev de Occidente*.

(1) En su obra citada, II; cfs. el *Prólogo* a la versión castellana; esta idea es un reflejo del humanitarismo liberal alemán que ve en la Humanidad la idea superior regulativa (Kant y Herder; Mayer, Stammler Kelsen para la filosofía del Derecho).

VIII

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO SUPERESTRUCTURA DEL ESTADO DE DERECHO

Las modernas repúblicas implican, a no dudarlo, un progreso jurídico sobre las monarquías. Este progreso jurídico—formal—existe también en la República española. El Derecho es organización y forma de la comunidad jurídica, y esta forma y esta organización se perfeccionan. No ya sólo en el contenido sustancial (liberalismo), sino en la estructura formal el nuevo Estado se afirma como Estado de Derecho. También aquí se observa una condicionalidad sociológico-espiritual. En tanto que la nueva organización es fruto de concepciones teóricas que significan un triunfo del criterio jurídico, nos hallamos ante un desplazamiento de la *política* por la *técnica jurídica:* es decir, se aspira a que el nuevo Estado sea un campo absolutamente neutral de convivencia ciudadana, con *imperio de la ley*. El Estado liberal no nació de los juristas. Los juristas del *ancien régime* eran todos reaccionarios. Fué la política la que alumbró los valores de la libertad y la igualdad y construyó con ellos un nuevo Estado. Más tarde, estos valores han ido perdiendo actualidad, especialmente el primero, al que van matando ideales fascistas (aristocratismo vitalista) de un lado, y criterios bolchevizantes (igualitarismo económico impuesto) de otro; pero aquellos valores se han formalizado en conceptos jurídicos fundamentales. Por eso carecen hoy los juristas de aquella pátina reaccionaria, por lo cual, a pesar del formalismo (que tiene por *Derecho* lo justo tanto como lo injusto), el liberalismo se ha consolidado hasta cierto punto al cristalizar en la juridicidad formal. Por esta razón, el Estado de Derecho que era antes una aspiración políti-

ca es hoy una organización jurídica acerca de la cual no se discute ya. Esta es la razón de que toda revolución honesta acaba por organizar un Estado de Derecho técnicamente más perfecto que el anterior. Esta es la trayectoria seguida por la revolución alemana, y tal es también la seguida por la revolución española; se ha pasado de una juridicidad técnicamente imperfecta a una juridicidad perfecta en su tecnicismo, lo que varía es el contenido de esa nueva juridicidad: así, por ejemplo, la juridicidad revolucionaria austro-alemana es más liberal que la juridicidad republicana española, pero aun ésta tiene que contener un mínimum de liberalismo, puesto que sin él no podría hablarse en absoluto de juridicidad. Lo que ocurre es que en el tránsito a esa juridicidad ha ocurrido un hecho fundamental: la *revolución*. Y esta revolución ha limitado previamente el área de la juridicidad posterior. En tanto que la revolución se traduce meramente en algazaras callejeras, cambios de gobierno, declaraciones rotundas de nuevos principios de gobierno, etc., es irrelevante para esa cuestión: tales eran las revoluciones del siglo pasado, que se movían, todas, en un ambiente evidente de liberalismo. Pero hay revoluciones que nacen en momentos históricos sazonados para instaurar «una nueva política». Entonces se rompe—provisionalmente al menos—con el liberalismo y se instaura una «mera» democracia. Esto se verifica precisamente en el «período intermediario». La juridicidad posterior representa el retorno al liberalismo, pero a un liberalismo restringido en el campo de su aplicación y en sus efectos retroactivos. Así, por ejemplo, si la organización del *Tribunal de Garantías constitucionales* representa para España el perfeccionamiento jurídico de la República, la técnica refinada del Estado de Derecho y, por tanto, el efectivo progreso jurídico sobre el régimen anterior, las restricciones impuestas a su competencia respecto de la legislación «revolucionaria», representan el límite puesto por la democracia gobernante a la juridicidad posterior. Entre el liberalismo anterior, falto de eficaces garantías, y el liberalismo futuro, más restringido, pero más eficaz, la democracia revolucionaria ha realizado su labor de despeje del camino y de homogeneización. De una parte, la prescripción de

que la idea religiosa no influirá en el goce de los derechos civiles y políticos se halla expresamente contradicha en el art. 26 del texto constitucional: y adviértase que no se trata aquí de una vulgar «contradicción» entre textos legales que pudiera ser resuelta por un procedimiento de Derecho positivo, sino de una verdadera limitación en la tabla de derechos impuesta por el criterio homogeneizador (en este caso laicista) que caracteriza a toda democracia; de otra parte, se excluye del recurso de inconstitucionalidad a las leyes dictadas por el Parlamento constituyente con anterioridad a la promulgación de la ley organizadora del Tribunal: es que esas leyes han sido obra del Parlamento en calidad de *dictador soberano*, como ejerciendo el *pouvoir constituant* del pueblo, es decir, de la mayoría triunfante, la cual, primeramente, impone su criterio, que no tiene sobre sí más control ni otra justificación que la de haber sido realizado en nombre de la *revolución*. Puesto que el T. G. C. ha de juzgar dentro de la Constitución, y esta es la «obra de la revolución», sustraer a la competencia de aquél las leyes del período revolucionario, equivale a considerar la Constitución como un valor inferior a la revolución, y, por tanto, a negar en su base el progreso jurídico implicado en la justicia constitucional (1).

Así, pues, es rigurosamente cierto que, aun cuando se perfeccione técnicamente el Estado de Derecho, su contenido humano amengua. De poco sirve organizar para el futuro las garantías de los derechos y libertades ciudadanas, si ya previamente los ciudadanos—o algunos ciudadanos que, en cuanto tales, poseen un valor autónomo superior a la consideración que merezcan al punto de vista político adverso—se han visto privados de libertades y derechos cuya garantía es ya imposible. Por lo demás, estamos dispuestos a conceder que esto es hasta cierto punto indispensable y quizá justo, dentro de ciertos límites. Desde un punto de vista superior (ético) el valor del Derecho positivo—y de las situaciones jurídicas creadas a su amparo—no es, con

(1) Un retroceso jurídico y un triunfo de las consideraciones «políticas» significa también el desplazamiento del tipo austríaco al americano, que la ley del T. G. C. ha impuesto a dicha institución.

mucho, el supremo valor; y lo que los intereses no han permitido realizar en un período normal, es acaso justo que se realice en un período revolucionario. «Ante la justicia, los derechos adquiridos no tienen más valor que el que poseen los intereses ante el Derecho positivo», hemos escrito en otro lugar. Pero una revolución tiende demasiado fácilmente a tomar por «la justicia» las explosiones del resentimiento de la masa triunfante. Por tanto, decidir acerca de la justicia o injusticia de esos «límites» de la juridicidad futura, es cuestión a examinar en cada caso concreto; como criterio general bastará aquí indicar el siguiente: la persona, con su libertad y dignidad, es un valor superior a todo régimen; luego allí donde una revolución, con su criterio homogeneizador, y eliminador de discrepancias, haya lesionado este principio, nos hallaremos frente a una injusticia; donde el principio haya quedado a salvo, aun cuando haya habido lesión de intereses y derechos adquiridos, puede tratarse de algo *justo* (con arreglo a un criterio ético) o simplemente indiferente.

La idea de una *justicia constitucional* o de una *garantía jurisdiccional de la Constitución* no es realmente admisible en toda su integridad más que allí donde se da por supuesta la existencia de un Estado de Derecho, la sumisión del Estado al Derecho o, en un caso extremo, la identificación del Estado con el orden jurídico. Allí donde se piensa que el orden jurídico constituye un todo orgánico y escalonado de delegaciones de normas (1) que comprende desde la norma fundamental (Constitución) hasta los actos de ejecución material, pasando por las normas generales (leyes) y las normas individuales (decisión administra-

(1) Cfs. Kelsen, *Compendio esquemático de Teoría general del Estado*, versión española de Recaséns y Azcárate 1927; *Allgemeine Staatslehre*, 1925; Merkl, *Die Rechtseinheit des österreischischen Staates*, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1917; *Die Lehre von der Rechtskraft*, 1923; *Allgemeine Verwaltungslehre*, 1927; *Pr[illegible]mena zu einer Theorie der rechtlichen Stufenbaues*, 1931; Sander, *Das Faktum der Revolution*, en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Bd. I; Verdross. *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, 1923; *Die Verfassung del Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926.

tiva, sentencia judicial, negocio jurídico), es una exigencia natural la de la *regularidad* de las normas, que consiste en la correspondencia de las normas de orden inferior con las normas de grado superior y, por tanto, ha de haber garantías de la regularidad de las normas generales (leyes), es decir, garantías de la *constitucionalidad de las leyes* y de la *regularidad* de todos los actos jurídico estatales, procedan de quien procedan (1). Pero precisamente los avances de la democracia se oponen cada vez más a esta concepción jurídica del Estado. Por eso, los nuevos Estados *democráticos* se someten a una técnica jurídica refinada, que parece el desplazamiento de toda intervención política decisiva que no sea sobre base perfectamente legal, pero han restringido previamente el área liberal en la que aquella técnica había de operar, y, por otra parte, a la larga, acaban por producirse choques entre el factor político decisionista y la justicia constitucional, la cual, dándose en ocasiones cuenta de ello, interpreta a veces restrictivamente sus facultades y competencia (2); o bien, simplemente, la natural dilación que impone el

(1) Cfs. Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitutión. (La Justice constitutionnelle)*, en *Revue de Droit Public*, 1926; *Wer soll der Hüter der Verfassung Sein?* 1932.

(2) Cita Schmitt, *La defensa de la Constitución*, páginas 67 y siguientes, la sentencia del T. J. C. de 17 de Febrero de 1930, sobre la constitucionalidad de la ley electoral prusiana, negándose a considerar como anticonstitucionales algunos artículos de dicha ley que cabía esperar, se hallarían en contradicción con el principio de igualdad del sufragio proclamado en la Constitución de Weimar: «es el legislador ordinario, se lee en dicha sentencia, quien tiene que decir si son admisibles y hasta qué punto ciertas desviaciones de los principios electorales de carácter particular, en interés de la homogeneidad del sistema electoral entero, y para asegurar el logro de las finalidades políticas que con dicho sistema se persiguen... En contra de sus decisiones, el T. J. C. sólo podrá pronunciarse, si es que se pronuncia, cuando de un modo manifiesto carezcan de toda justificación intrínseca, y cuando de dichas medidas pueda afirmarse con seguridad que contradicen la voluntad de los autores de la Constitución», Acerca de este considerando, escribe Schmitt, ob. cit. páginas 68 79: «Este Tribunal sólo quiere oponerse a las transgresiones manifiestas de la Constitución, pero no a aquellas otras que son dudosas. Deja válidas todas las decisiones del legislador en las que éste, como

procedimiento viene a prejuzgar prácticamente el asunto a favor del punto de vista político, aun cuando la sentencia definitiva, dictada a largo plazo, represente el punto de vista estrictamente jurídico contrario a la decisión del Poder. A este efecto es típico el caso del pleito de Prusia y el Reich, en virtud de la *Notverordnung* de von Papen suspendiendo el Gobierno prusiano. La sentencia definitiva del Tribunal de Justicia constitucional del Reich—dictada algunos meses después del planteamiento del asunto—fué favorable a Prusia; sin embargo, el mismo Tribunal, en sentencia de 26 de Julio de 1932, rechazaba la demanda interpuesta por Prusia, representada por el Ministro prusiano de Relaciones exteriores y las fracciones social-demócrata y centrista del Landtag, en solicitud de que el T. J. C. dictase un laudo provisional en el asunto. El Tribunal se opuso a la pretensión alegando el siguiente fundamento: «La jurisprudencia dictada hasta ahora por el T. J. C. ha sostenido siempre el principio de que los laudos provisionales que pudiese dictar no prejuzgasen en modo alguno la sentencia definitiva, y, sobre todo, que tal laudo no podría ser dictado jamás sobre la base de que el T. J. C. hacía suyo el punto de vista jurídico de una cualquiera de las partes litigantes. La finalidad de semejante regulación provisional es crear en las relaciones entre las partes una situación que sea lo más sencilla posible, que evite rozamientos y conflictos, que compense en cierto modo los intereses contrapuestos, hasta la sentencia definitiva. Teniendo, pues, en cuenta el objeto de tal fallo provisional, no parece oportuno dictar el

se afirma algunos párrafos más adelante, no se ha dejado guiar por consideraciones abstractas. Las frases de un modo manifiesto y con seguridad han de sorprender extraordinariamente, desde nuestro punto de vista—supresión de incertidumbres y dudas. La importancia del factor decisionista, específico (que rebasa las fronteras efectivas de la Justicia), de un fallo sobre dudas e incertidumbres, aparece aquí expresada con tanta claridad como la aversión del T. J. C. a dejarse arrastrar a una decisión semejante. Si el T. J. C. sólo se pronuncia contra transgresiones manifiestas, indudables y seguras de la Constitución, resulta precisamente lo contrario de una instancia llamada a resolver dudas e incertidumbres».

laudo solicitado por Prusia. No puede caber la menor duda acerca del hecho de que la demanda tiende, en el fondo, a que, provisionalmente, se comparta el ejercicio de las funciones de gobierno en Prusia entre el Comisario del Reich y los actuales Ministros. Pero un examen detenido de la cuestión acerca de si la regulación solicitada serviría para evitar los conflictos y dificultades que lamentan los demandantes, hace comprender que no cabe razonablemente esperar tal resultado; antes al contrario, semejante división del Poder público sería lo más propio para perturbar la vida política. El T. J. C. ha tratado cuidadosamente de encontrar un camino que permitiera atender la reclamación de los demandantes, sin que con ello quedase prejuzgada en lo más mínimo la decisión definitiva. Pero declara que no le ha sido posible hallarlo». Todo esto son, pues, otros tantos límites a la idea de una Justicia constitucional. Sin embargo, no puede dogmatizarse esta realidad y convertir con Schmitt al Presidente de la República en el auténtico «defensor de la Constitución». ¿Qué defensa ha hallado ésta en el actual régimen alemán? El T. J. C. está aniquilado, pero no la institución presidencial. El Jefe de un Estado, que puede aceptar un régimen contrario a la Constitución, no puede ser considerado en principio, como «defensor» de la misma; sólo en ciertos casos habrá un interés de aquél en mantenerla; los casos de oposición serán más frecuentes (el Rey, enemigo de la Constitución liberal y parlamentaria; el Presidente de la República, situado más a la «derecha» o más a la «izquierda» de la Constitución que «defiende»). Un Tribunal de Justicia constitucional podrá ser ineficaz e impotente, en ciertos casos, frente al Poder: pero nunca será el legitimador de éste, si éste viola la Constitución. Y, ¿qué busca todo poder ilegítimo por su origen o actuación, sino la legitimación de las más altas instituciones—pueblo, Jefe del Estado—? La Justicia constitucional, que tiene un evidente sentido político (liberal), representa, sin embargo, el mínimum de política frente a las tendencias conservadoras y revolucionarias que buscan otras defensas a la constitución. Por eso, aún quien no acepte la idea kelseniana de que el Estado se identifica con el orden jurídico—,

no debe renunciar a una concepción jurídica del Estado ni a proclamar la subordinación del Estado al Derecho. El Estado es en sí, ontológicamente, una realidad concreta, un *punto reai de imputación de un sistema jurídico*. Para el jurista, el Estado es el ***punto ideal de imputación de toda posible norma jurídica que aspira a validez dentro de un sistema de Derecho***. El jurista debe proceder como mero jurista, pero no debe ignorar la sociología si no quiere incurrir en auténtico formalismo, es decir, en divorcio con la vida. Por eso debe aspirar a un Estado jurídico con la superestructura de una Justicia constitucional, pero no debe olvidar que la realidad sociológica es la de una efectiva voluntad social o complejos de voluntad social en pugna unos con otros, que aspiran al dominio exclusivo, por lo cual es harto difícil, con estos supuestos de hecho, que una Justicia constitucional posea la eficacia suficiente para neutralizar por sí sola esas aspiraciones y mantener la voluntad social dentro de los límites liberales de la juridicidad verdadera. Por eso se daba cuenta de su escasa eficiencia el Tribunal de Justicia constitucional del Reich, que se apoyaba en una Constitución genuinamente liberal, pero que tenía que actuar en una realidad sociológica que era la antítesis de los supuestos liberales, y por eso el Tribunal español de Garantías constitucionales, que responde aún al liberalismo, ha sido precedido en su constitución de una eliminación de divergencias profundas y de avances en el criterio homogeneizador de la democracia republicana (deportaciones, art. 26 de la Constitución, jubilaciones de funcionarios diplomáticos y judiciales, etcétera).

Una democracia enérgica no soportará que se controle la constitucionalidad de las leyes dictadas por ella más que si previamente se ha cuidado de dictarse una Constitución que no sea un *compromiso*, sino una *decisión*, pero no una decisión sobre la base de un mínimum de coincidencias nacionales, sino una decisión simplemente partidista, es decir, antinacional. En definitiva, pues, la Justicia constitucional es cosa harto condicionada, sujeta en todo momento al Poder que es su creador; sin embargo, el ideal de todo Estado de Derecho está en la Justicia

constitucional. Ésta comparte su destino con el liberalismo—del cual es la más perfecta traducción jurídica—, que, frente a la rebelión de las masas—actuando en democracia revolucionaria o en dictadura—vale como ideal, como un noble ideal que, sin embargo, va perdiendo, día por día, sus posibilidades de eficacia.

OTRAS PUBLICACIONES DEL AUTOR

Filosofía realista y Derecho natural, en «Revista Universidad», Zaragoza, 1928.

La validez del Derecho internacional. (*Estudio de teoría jurídica pura*), en la «Revista Universidad», 1931.

En torno al eterno problema del Derecho natural. Consideraciones sobre algunos aspectos de la más reciente Filosofía jurídica francesa, en la «Revista Universidad», 1932.

Die Hauptrichtungen in der Rechts, Staats und Sozialphilosophie in Spanien, en el «Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie», Band, XXVI, 1932.

Die ontologische Grundlage der reinen Rechtslehre. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, en la «Zeitschrift für öffentliches Recht», XII, 1932.

Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena. Barcelona, Librería Bosch, 1933.

Notas de Derecho constitucional a la segunda edición del *Derecho político constitucional comparado*, de Fischbach. Barcelona, Editorial Labor, año 1934.

Las garantías constitucionales del Derecho internacional (*Con especial referencia a la Constitución española*), en la «Revista de Derecho público», y aparte, 1933.

EN PRENSA

Die Rechtsphilosophie des Franz Suárez. Viena, Springer.

TRADUCCIONES

Wilhelm Sauer, *Filosofía jurídica y social*, con un prólogo y amplia *Nota adicional*. Barcelona, «Enciclopedia de Ciencias jurídicas y sociales», Editorial Labor, 1933.

Hans Kelsen, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho*, con un prólogo. Madrid, Editorial «Revista de Derecho privado», 1934.

— *Teoría general del Estado*. Barcelona, «Enciclopedia de Ciencias jurídicas y sociales», Editorial Labor, 1934.

INDICE

Págs.

Biblioteca de la "Revista general de Legislación y Jurisprudencia,,

I.—CUELLO CALÓN (EUGENIO).—La reforma de la legislación penal alemana: 2.

II.—SANTALÓ (JOSÉ).—La acción patronal en el problema de los retiros obreros: 2.

III.—TRAVIESAS (M. MIGUEL).—Sobre nulidad jurídica (agotado).

IV.—JIMÉNEZ DE ASÚA (LUIS).—La recompensa como prevención general.—El Derecho premial (agotado).

V.—CASTÁN (JOSÉ).—La sucesión del cónyuge viudo y el problema de las legislaciones forales (agotado).

VI.—G. POSADA Y DÍAZ (CARLOS).—La institución de bienes reservados de la mujer casada (agotado).

VII.—SALDAÑA (QUINTILIANO).—La Antropología criminal y la justicia penal: 2.

VIII.—REICHEL (HANS).—Sobre psicología forense: 2.

IX.—BENITO (ENRIQUE DE).—Individualización penal (agotado).

X.—JIMÉNEZ DE ASÚA (LUIS).—El Anteproyecto de Código penal sueco de 1916 (agotado).

XI.—BUEN LOZANO (DEMÓFILO DE).—Las normas jurídicas y la función judicial. *Alrededor de los artículos 5.º y 6.º del Código civil:* 2.

XII.—GARCÍA ALAS (LEOPOLDO).—Las fuentes del Derecho y el Código civil alemán: 2.

XIII.—REPARAZ (JULIÁN DE).—El Referéndum: 2.

XIV.—JARDÓN (ALBERTO).—Las teorías políticas de Duguit: 2.

XV.—VALENZUELA (JOSÉ).—Condición jurídica del Municipio: 2.

XVI.—VILALLONGA (JOSÉ DE).—La libertad de los mares: 2.

XVII.—TRAVIESAS (M. MIGUEL).—La causa en los negocios jurídicos: 2.

XVIII.—BERNALDO DE QUIRÓS (CONSTANCIO).—El espartaquismo agrario andaluz: 2.

XIX.—CASÁIS SANTALÓ (J.).—Estudios de derecho procesal. La jurisdicción del trabajo: 2.

XX.—FERNÁNDEZ DE VELASCO (R.).—La «acción popular» en el Derecho administrativo: 2.

XXI.—ZARANDIETA (ENRIQUE).—El menor en nuestro Derecho: 2.

XXII.—GARRIGUES Y DÍAZ CAÑABATE (JOAQUÍN).—Ensayo de crítica práctica. Sobre algunos puntos del Código penal: 2.

XXIII.—OTS DE CAPDEQUÍ (JOSÉ M.ª).—Bosquejo histórico de los derechos de la mujer en la legislación de indias: 4.

XXIV.—TORTOSA (DIEGO).—El nuevo Código de Derecho Canónico: 6.

XXV.—COVIÁN (VÍCTOR).—El Tratado de Paz de Versalles y el Derecho de los vencidos: 1.

XXVI.—MATERI (PASQUALE).—La elocuencia forense: 2.

XXVII.—SÁNCHEZ-RIVERA DE LA LASTRA (JUAN).—El Utilitarismo. Estudio de las doctrinas de Jeremías Bentham. Su expositor en España: 6.

XXVIII.—LANGLE (EMILIO).—¿Debe constituir delito el adulterio?: 4.

XXIX.—GARCÍA HARO (RAMÓN).—La nacionalidad en América hispana: 3.

XXX.—GARCÍA OVIEDO (CARLOS).—La teoría del servicio público: 4.

XXXI.—XIRAU PALAU (JOAQUIN).—Rousseau y las ideas políticas modernas: 3.

XXXII.—GONZÁLEZ LLANA (JOSÉ).—El Estado-Providencia (Comentario sobre el intervencionismo de Estado y la protección social). Ensayo de vulgarización sociológica: 3.

XXXIII.—CUELLO CALÓN (EUGENIO).—El proyecto de Código penal alemán de 1919: 4.

XXXIV.—TEJERA (DIEGO VICENTE).—Estado de la legislación cubana y de la influencia que ejerzan en ella la de España y la de otros países: 5.

XXXV.—SALDAÑA (QUINTILIANO).—La Psiquiatría y el Código. (Estudio de técnica legislativa): 4.

XXXVI.—SALDAÑA (QUINTILIANO).—Capacidad criminal de las personas sociales (Doctrina y legislación:) 4.

XXXVII.—GRODSINSKY (M.).—Código penal de la Rusia soviética, con prólogo de Jiménez de Asúa: 2.

XXXVIII.—OSSORIO (ANGEL).—Un jurista mártir (Episodio de la guerra en Cataluña en tiempos de Felipe IV): 2.

XXXIX.—RECASÉNS SICHES (LUIS).—En torno al subsuelo filosófico de las ideologías políticas: 2.

XL.—RUIZ-FUNES (MARIANO).—El antoproyecto penal checoeslovaco: 2

XLI.—ANTÓN (JOSÉ).—Los antecedentes del nuevo Código penal: 2.

XLII.—R. LAFORA (GONZALO).—La Psiquiatría en el nuevo Código penal español de 1928: 3.

XLIII.—CASTÁN (JOSÉ).—Alrededor de la distinción entre las sociedades civiles y las comerciales: 3.

XLIV.—CASTÁN (JOSÉ).—Efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de sus cónyuges o sus herederos: 2.

XLV.—DOUSSINAGUE (JOSÉ M.).—El sistema trivalente: 2.

XLVI.—BENEYTO PÉREZ (JUAN).—El valor jurídico de la Ley: 2.

XLVII.—RUIZ (TOMÁS).—Ensayo sobre el Derecho a la propia imagen: 4.

XLVIII.—MENGUAL (JOSÉ M.ª).—Consideraciones sobre la emancipación voluntaria y sobre la habilitación de edad: 3.

XLIX.—ZAPATERO GONZÁLEZ (LUIS).—Ideología y Pragmatismo de una Constitución: 3.

L.—BATLLE (MANUEL).—El Derecho al nombre: 3.

LI.—JIMÉNEZ DE ASÚA (LUIS).—La legislación penal de la República española: 2.

LII.—GARCÍA ORMAECHEA (RAFAEL).—Supervivencias feudales en España. Estudio de legislación y jurisprudencia sobre señoríos: 5.

LIII.—PRIETO CASTRO (LEONARDO).—La acción declarativa: 3.

LIV.—BONET Y RAMÓN (FRANCISCO).—El anteproyecto de Código civil argentino: 4.

LV.—CAMPUZANO Y HORMA (FERNANDO).—La contratación sobre fincas rústicas y la Reforma agraria: 3.

LVI.—CASTÁN (JOSÉ).—Hacia un nuevo Derecho civil: 5

LVII.—BATLLE VÁZQUEZ (MANUEL).—La propiedad de casas por pisos: 3.

LVIII.—JIMÉNEZ DE ASÚA (LUIS).—Ley de Vagos y Maleantes: 3.

[illegible] Y LACAMBRA (LUIS).—El estado de Derecho en la actual [illegible]

[illegible]